وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

إثبات النسب بالطرق العلمية

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماســـتر تخصص: أحوال شخصية

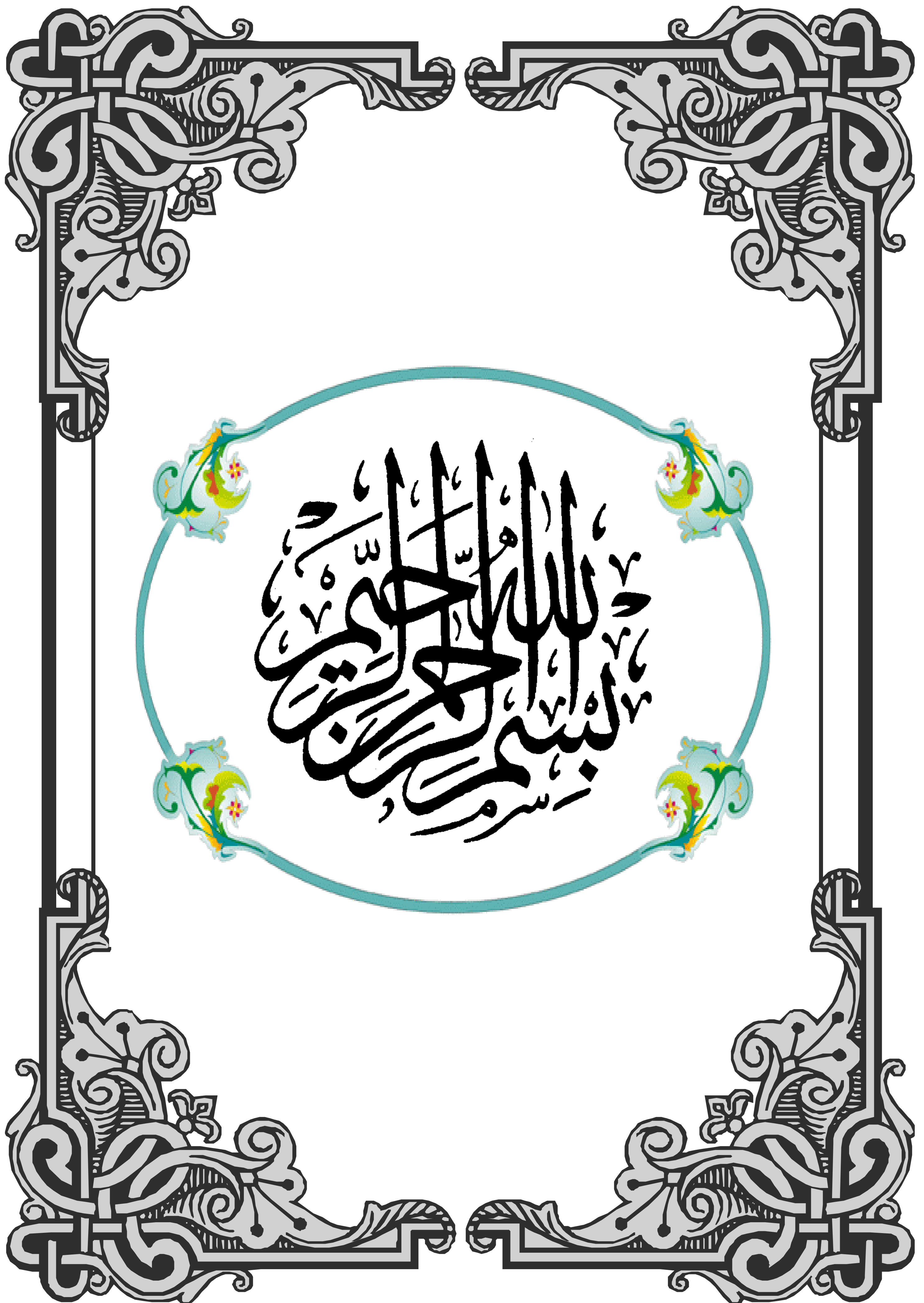
إعداد الطالبة :

عمور سامية

إشراف الأستاذ :

ميرة وليد

السنة الجامعية:2016/2015.


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و عرفان

إن خير فاتحة تفتتح بها مذكرتنا هو الشكر لله باسط العلم و فاتح الخير الذي أعز العباد و أكرمهم بعلمه الوافر فنشكره تعالى على نعمه التي لا تفنى الواجب يقضي بإسناد الفضل لأهله و الجميل لذويه لذا أتقدم بفائق التقدير و الاحترام إلى رفيع المقام أستاذي الفاضل **(ميرة وليد)** ذا النفس السخية و الآراء السديدة عرفانا بفضله في إنارة الطريق أمامي و أعرب عن امتناني الكبير لقبوله الإشراف على هذا البحث و لتوجيهاته القيمة و متابعته المستمرة في إنجازهذا العمل رغم انشغالاته العلمية .

و أتوجه بالشكر الجزيل إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا إثراء هذا البحث لمناقشتهم و توجيهاتهم العلمية.

الإهداء

أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع

إلى من سهر على تعليمي و رعايتي

إلى من جسد الأبوة في أسمى معانيها **أبي حفظه الله و رعاه**

إلى من أحمل اسمه فخرا

أسأل الله تعالى أن يعينني على بره

جف الزمان .....و فاض حنين مبسمها ....

قست القلوب .....و رق حديد معصمها ....

تلت الجداول حكاية عطائها الأزلي .... **أمي الغالية أطال الله في عمرها**

إلى من جعل الله الجنة تحت أقدامها

إلى من كانت دعواتها سحر جناني...ورضاها سر فلاحي

إلى القلوب الكبيرة إخوتي التي ألجأ إليها وقت الشدائد ...

إلى من أشد بهم أزري و أشاركهم أمري... **بلال وزينب وزجها توفيق**

وأدخرهم لغدرات الزمان...

إلى قدوتي و فخري ...من أكن لهم في قلبي كل الحب و الاحترام...

إلى من ساعدني في كتابة هذه الرسالة **"بلواهري بدر الدين"**

إلى من قضيت معهم أجمل أيام حياتي

إلى من ساعدوني في أيام الغربة القاسية إلى أجمل اللحظات و أجمل الذكريات

إلى صديقات دربي **..."نصيرة، حنان، هناء، إيمان، سعيدة،** رانيا، **رحمة، فاطمة، بسمة، زهرة، إيمان."**

إلي كل من ساعدني من قريب أو بعيد و لو بكلمة دعم

سامية.

المقدمة

مقدمة:

تحظى الأسرة بعناية فائقة باعتبارها قوام وأساس المجتمع، بدء بالشريعة الإسلامية التي وجهت عنايتها نحو تدعيم الأسرة، وصولا إلى التشريعات الوضعية التي أحاطتها هي الأخرى بما يكفل لها الصلاح والاستقرار.

فقد لقيت الأسرة اهتماما بالغا، سواء بأسس تكوينها أو بأسباب دوام ترابطها، وهذا يعود لعوامل أساسية منها على وجه الخصوص تلبيتها للظواهر البشرية، لأن الإنسان دائم الحرص على أن يكون له ابن يحمل اسمه من بعده، ذلك أن الحياة نشوء وانتماء، نشوء بواقعة الميلاد وانتماء بثبوت النسب.

ويعتبر النسب من أهم الآثار المترتبة على الزواج لأنه يتعلق بنسب الأولاد الذين يكونون ثمرة هذا الزواج فهو يعبر عن قرابة الدم أو صلة الرحم التي يرتبط بها الإنسان مع أصوله (الآباء والأمهات، وفروعه الأولاد).

وبالنظر إلى الأولاد وصلتهم بالآباء والأمهات، فإنه تترتب جملة من الحقوق تجاه الوالدين والتي يأتي في مقدمتها ثبوت النسب.

وثبوت النسب فيه حق الله تعالى لأنه يحقق مقصدا من مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء التي ارتضاها لعباده وهو حفظ النسل لكن مع منع اختلاط الأنساب، حيث أن الله تعالى ألهم البشر العناية به والدفاع عنه، حتى إنهم يعتبرونه مصلحة عامة للمجتمع وهو من النظام العام.

فهو حق للأب من حيث أنه يترتب على ثبوته حقوق، كحقه في الولاية عليه مادام صغيرا، وحقه في إنفاق ابنه عليه إذا كان محتاجا وكان الابن قادرا على الكسب، وكحقه في الإرث من تركته إذا توفي قبله.

وهو حق للأم يمكنها من أن تدفع عن نفسها تهمة الزنا، ويترتب على ثبوت أمومتها للولد حقوق لها، كحقها في إنفاقه عليها في حالة عجزها وقدرته على النفقة عليها، والإرث منه في حالة ما إذا توفي قبلها.

وثبوت النسب فيه حق الله تعالى لأنه يحقق مقصدا من مقاصد الشريعة التي عملت على سد منافذ اختلاط الأنساب بالحفاظ عليها، والتحذير من التهاون بشأنها.

وقد حرصت القوانين الوضعية والشرع الإسلامي على إثبات النسب لأنه من الروابط التي تربط المجتمع، فما المجتمع إلا مجموعة من الأسر، والأسرة أساس المجتمع وركيزته ولأهمية إثبات نسب الولد قال الله تعالى‹‹ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله...›› ويقول صلى الله عليه وسلم فيما يتعلق بالنساء وضرورة محافظتها على هذا النسب ‹‹أيها امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها جنته›› ولما كان أمر النسب بهذه الأهمية فإن الأب لا يعترف بأبوته ولا تثبت له حقوق الأبوة ولا لولده حقوق البنوة إلا إذا كانت معاشرته لأم الولد مشروعة.

وحرصا على عدم اختلاط الأنساب وبقاء شخص بلا نسب اهتم الفقهاء بثبوت النسب، وبينوا قواعد إثباته وهي مستنبطة في معظمها من الكتاب والسنة.

حيث وضع فقهاء الشريعة الإسلامية قواعد لثبوت النسب وأشهرها الفراش (الزواج) والبينة (الشهادة) والإقرار، والملاحظة أن ما توصل إليه فقهاء الشريعة هو ما قننه المشرع في

قانون الأسرة، فنظم متعلقات النسب في المواد من 40 إلى 46، حيث نصت المادة 40 على الطرق الشرعية لإثبات النسب، وحددتها في كل الزواج الصحيح و الأنكحة الفاسدة إضافة إلى الإقرار والبينة.

وإذا كانت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية قد أقامت قواعد لثبوت النسب ورعايته، فإن التقدم العلمي المذهل في مجالات العلوم الطبية، والبيولوجية والجينية في أواخر القرن العشرين قدم الكثير من الإنجازات العلمية خاصة فيما تعلق بخارطة الجينات الوراثية، والجينوم البشري والبصمة الوراثية، حيث كان لهذا الاكتشاف الأخير (البصمة الوراثية) الأثر البالغ على قواعد أدلة الإثبات المنصوص عليها شرعا وقانونا.

ويعد هذا الاكتشاف أسلوبا ناجحا في فك الكثير من المنازعات القضائية ومنها منازعاتالبنوة مما جعل هذه الأخيرة لها دور فيإثبات النسب.

وقد أجاز المشرع بموجب تعديل قانون الأسرة سنة 2005 اللجوء والأخذ بالطرق العلمية المادة 40 ف2.

و من بين أسباب اختيار هذا الموضوع مايلي:

1-الأهمية البالغة التي يكتسيها النسب باعتباره أحد الحقوق الأساسية للطفل العاجز عن الدفاع عن حقوقه.

2-البحث عن قواعد وضوابط تحكم مسألة إثباتالنسب بقصد حماية الأنساب من كل اختلاط أو اشتباه.

3-انتشار ظاهرة الأولاد مجهولي النسب نتيجة الجهل وعدم التحلي بالمسؤولية من قبل الوالدين اتجاه أطفالهم.

4-الشك في نسب الولد يجعل منه كائن غير مرغوب فيه في المجتمع رغم أنه غير مذنب في تواجده في تلك الحالة.

5-توضيح مدى تأثير الطرق العلمية على إثبات النسب وذلك حفاظا على الأنساب من الاختلاط.

6-التعديل الذي أدخله المشرع على قانون الأسرة المتعلق بالمادة 40 ف 2 والذي ترك فيه اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، للسلطة التقديرية دون تحديد ضوابط أو شروط معينة.

7-الرغبة الذاتية في معرفة البصمة الوراثية وعلاقتها بإثبات النسب.

والهدف المرجو من خلال دراسة موضوع إثبات النسب بالطرق العلمية هو بيان الطرق التقليدية لإثبات النسب، وكذا إبراز دور و حجية البصمة الوراثية في معرفة إثبات بنوة الأطفال.

وقد أسفر البحث الوقوف عند بعض الدراسات التي تناولت موضوع هذا البحث نذكر أهمها:

1-إثبات النسب، وهي عبارة عن أطروحة دكتوراه في القانون الخاص في جامعة الجزائر عام 2012، مقدمة من الباحثة رابحي فاطمة الزهراء.

2-الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري، وهي عبارة عن أطروحة دكتوراه في جامعة الجزائر عام 2009، وهي مقدمة من الباحثة إقروفة زبيدة.

3-إثبات النسب في القانون الجزائري، وهي عبارة عن شهادة ماستر تخصص عقود ومسؤولية في جامعة البويرة عام 2013، وهي مقدمة من طرف الباحثة شرقي صليحة.

4-دور علم الوراثة في إثبات النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، وهي عبارة عن رسالة ماجستير تخصص أحوال شخصية في جامعة الوادي عام 2015، وهي مقدمة من طرف الباحثة ميدون مفيدة.

5-الحجية القانونية للبصمة الوراثية في إثبات أو نفي النسب، وهي عبارة عن رسالة ماجستير في الأحوال الشخصية في جامعة الوادي عام 2015، وهي مقدمة من الباحث عبد اللاوي سعد.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري نص على إثبات النسب بالطرق العلمية غير أنه لم يبين متى يتم اللجوء إلي الطرق العلمية في إثبات النسب

و منه يمكن طرح الإشكالية التالية:

1-ما مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب؟

حيث تندرج تحت هذه الإشكالية عدة تساؤلات منها:

1-متى يتم اللجوء إلى الطرق العلمية هل في غياب طرق إثبات النسب التقليدية؟

2-هل سلطة القاضي مطلقة في اللجوء إلى الطرق العلمية؟

3-هل نتائج الخبرة المتعلقة بإثبات النسب ملزمة للقاضي لا سيما إذا ناقضت طرق أخرى في إثبات النسب؟

4-بما أن المشرع نص على جواز اللجوء إلى الطرق العلمية فهل يجوز اللجوء إليها في نفي النسب؟

منهج الدراسة:

اعتمدت منهجين أساسيين هما المنهج الاستقرائي من خلال جمع المعلومات واستقرائها وكذلك المنهج التحليلي المقارن، فالمنهج التحليلي يظهر من خلال الوقوف على نصوص فقهية وقانونية واجتهادات قضائية، أما المنهج المقارن يتجلى في المقارنة بين الشريعة والقانون.

وقد اعتمدت المختصرات التالية:

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

د.ت.ن: دون تاريخ نشر.

د.م.ن: دون مكان نشر.

ه: هجري.

ف: فقرة.

وقد اعتمدت الخطة التالية:

الفصل الأول: الطرق التقليدية لإثبات النسب

المبحث الأول: الطرق المنشئة للنسب

المبحث الثاني: الطرق الكاشفة للنسب

الفصل الثاني: الطرق العلمية لإثبات النسب

المبحث الأول: تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب

المبحث الثاني: دور البصمة الوراثية في إثبات النسب و سلطة القاضي في اللجوء إليها

الفصل الأول

الطرق التقليدية لإثبات النسب

إن أهم ما يترتب عن الزواج من آثار هو إثبات نسب المولود إلى والده، لذلك يمكن القول أن رابطة النسب إحدى أهم نعم الله على عباده، مصداقا لقوله "وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا".[1]

وبما أن نسب الولد إلى أمه ثابت بسبب الحمل المشاهد والولادة المعلومة بغض النظر عن كونه ولدا شرعيا أو ولد زنا، فإن نسبه إلى والده ليس دائما سهلا كسهولة نسبه إلى والدته، و منعا لاختلاط الأنساب فإنه لا يمكن الحديث عن وجود النسب إلا إذا كان هناك زواج صحيح أو نكاح شبهة أو نكاح فاسد.[2]

كما أنه غالبا ما يكون الحديث عن واقعة إثبات النسب في حالة نزاع يثور حوله، سواء كان الزواج قائما أو بعد الفرقة، ونسب الأب أمر متنازع فيه والذي يستدعي اللجوء إلى الطرق التي تكشف لنا عن نسب الطفل الحقيقي، ومن بينها الإقرار والبينة.[3]

وتقسم الطرق التقليدية لإثبات النسب إلى طرق منشئة وطرق كاشفة، وعليه سنتناول في المبحث الأول إلى الطرق المنشئة للنسب(الزواج الصحيح _ الزواج الغير صحيح _ نكاح الشبهة) و في المبحث الثاني الطرق الكاشفة للنسب (الإقرار– البينة).

---

[1]–سورة الفرقان، الآية 54.

[2]–صليحة شرقي، إثبات النسب في القانون الجزائري،(رسالة ماستر)، فرع عقود ومسؤولية، جامعة البويرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2013، ص08.

[3]–المرجع نفسه، ص08.

المبحث الأول: الطرق المنشئة للنسب

ينشأ النسب بالنكاح سواء كان صحيحا أو فاسدا وكذلك بنكاح الشبهة، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث وفق ثلاثة مطالب.

أ) تعريف النسب لغة:

‹‹القرابة، ويقال نسبه في بني فلان: أي هو منهم جمعها (أنساب) وبإلحاق ياء مشددة في آخر الاسم المراد فتصبح النسبية وهي : الصلة والقرابة››.[1]

ب) تعريف النسب اصطلاحا:

‹‹هو إلحاق الولد بأبيه قانونا ودينا واعتباره الأصل الذي تفرع عنه ذلك الولد››.[2]

‹‹رابطة شرعية تربط الفروع (الأولاد) بالأصول (الآباء) في إطار الضوابط والقواعد

التي حددها القانون ونسب فيها الولد لوالده سواء ترتب على زواج فاسد أو صحيح››.[3]

المطلب الأول: إثبات النسب بالزواج الصحيح

إن الولد يمكن أن ينسب إلى والده من الزواج متى كان هذا الزواج شرعيا ومتى أمكن الاتصال بين الزوجين، ولم يكن الزوج قد نفاه بالطرق المشروعة كالملاعنة، وحصلت ولادته خلال أقل مدة الحمل وأقصاها، وهذا ما وضحته المادتين (41 و42) ولهذا فإن ثبوت النسب عن طريق الزواج يتطلب ثلاثة شروط والتي نعالجها وفق فروع ثلاث.

الفرع الأول: إمكانية الاتصال بين الزوجين

ويتم هذا الاتصال عن طريق الاتصال الجنسي والذي عبر عنه الفقه الإسلامي بالفراش، ومنه يجب لإمكانية إسناد الولد إلى والده أن تتوفر حالة التلاقي بين الزوجين وحالة الاتصال الجنسي بينهما بصورة فعلية لأنه إذا ثبت أو تأكد عدم الاتصال وعدم التلاقي فلا يثبت النسب، ذلك أنه لو فرضنا مثلا أن الزوج قد دخل السجن لمدة أكثر من عشرة

---

[1]–مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، طبعة4، 2004، ص916.

[2]–سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، الجزء الأول، ص210.

[3]–عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة،(د.م.ن)، 2006، الجزء الأول، ص366.

شهور وهي المدى القصوى للحمل ولم يخرج منه، وأن زوجته حملت وولدت خلال هذه المدة أو أنه ترك الزوجة وسافر للعمل ولم يعد وامتدت مدة غيابه إلى أكثر من أقصى مدة الحمل فإن نسب المولود هنا لا يمكن أن يلحق بهذا الزوج.[1]

ولا يمكن أن نتصور كون المرأة فراشا للزوج إلا إذا أمكن التلاقي الجسدي بينهما والدخول الحقيقي بها، فلو انتفت هذه الأحوال حسا وعادة ما صح نسب الولد إلى الزوج، ومن هنا يتشرط المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة أن يكون الزواج شرعيا وإمكانية الاتصال وأن يكون الزوج ممن يأتي منه الحمل، بأن يكون بالغا، وخاليا من العيوب التي تحول دون الاتصال بالزوجة بصفة كلية مثل(الخصي، المجبوب) فلو كان صغيرا لا يتصور منه الحمل، ولا تعتبر المرأة فراشا له لأنه لا يتصور أن تحمل منه.[2]

وإمكانية الاتصال بين الزوجين، أو بالأحرى الزواج الصحيح يطلق عليه الفقه الإسلامي الفراش ويراد هنا بالفراش الزوجية والاتصال بين الزوج والزوجة.

ويراد بالفراش الزوجية القائمة حقيقة أو حكما بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد، ولا يكون إلا بالعقد الصحيح، ويلحق بالزواج الصحيح الدخول بالعقد الفاسد، والوطء بشبهة ويسمى شبهة الفراش.[3] فإذا حملت الزوجة فإن الولد الذي تأتي به ينسب إلى زوجها صاحب الفراش دون حاجة إلى إقرار منه بذلك، ولا إلى أي بينة لإثباته.[4]

من حديث عائشة أنها قالت اختصم سعد بن أبي وقاص و عبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: يا رسول الله هذا ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إلي أنه ابنه أنظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة، هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله

---

[1]–سعدعبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة(الجزائر)، الطبعة 2، 1989، ص209.

[2]–صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، (رسالة ماجستير)، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2007، ص17–18.

[3]–شبهة الفراش إذا وطئ الرجل إمرة أجنبية غلطا يظنها زوجته، فهذا الوطء لا هو زنا يجب فيه الحد و لا هو وطء مستند إلى عقد نكاح فهو وطء مستند إلي شبهة، مأخوذة من مذكرة صالح بوغرارة.

[4]–محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05 –02، دار الوعي، الجزائر، 2013، ص399 –400.

صلى الله عليه و سلم إلى شبهه فرأي شبها بينا لعتبة فقال:‹‹ هو لك يا عبد الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة فلم ير سودة قط››.[1]

والمقصود هنا بالفراش هو الزوجية، وللعاهر الحجر أي أن الزاني ليس له إستلحاق ولده من الزنا، وإنما له الخيبة والحرمان.

وقد نص قانون الأسرة الجزائري كذلك على ثبوت النسب بالفراش، حيث تنص المادة على مايلي‹‹ ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة ››.[2]

وحتى يكون هذا الفراش صالحا لثبوت النسب لابد فيه من توافر شروط تكشف من هذه المادة وهي نفسها شروط ثبوت النسب بالزواج الصحيح وهي: أن يكون الزواج شرعيا وحمل الزوجة ممكن من زوجها وكذلك أن يكون هناك اتصال.

الفرع الثاني: عدم نفي الولد بالطرق الشرعية

سنعالج في هذا الفرع تعريف اللعان وشروطه كما نتطرق إلى مكان اللعان وإجراءاته

أولا: تعريف اللعان وشروطه

1)تعريف اللعان :

أ) تعريف اللعان لغة:

اللعان مصدر لاعن، يلاعن، ملاعنة، وهو من اللعن، وهو الإبعاد والطرد.[3]

ب) تعريف اللعان اصطلاحا:

حلف الزوج على زنا زوجته، أو نفي حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض.[4]

ومنه فإن اللعان هو أن يتهم الزوج زوجته بالزنا أثناء قيام الرابطة الزوجية بعقد صحيح مع إمكانية الاتصال.

---

[1]–محمد عبد الحق بن عبد الرحمن، الأحكام الوسطى من حديث النبي صلى الله عليه وسلم، مكتبة الرشد، الرياض، 1990، الجزء الثالث، ص217.

[2]–قانون رقم84–11 معدل ومتمم بالأمر رقم05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادر بتاريخ 18 محرم 1426 ل 27فبراير2005.

[3]–مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص829.

[4]–محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص439–440.

2)شروط اللعان:

أ–أن يتم اللعان بناء على دعوى يقيمها الزوج وبواسطة حكم قضائي يصدره القضاء ولا يجوز التوكيل أو النيابة في اللعان، فإنه لا يمكن نفي النسب إلا باللجوء إلى القضاء، الذي يصدر حكمه بإثبات أونفي النسب.[1]

ب–قيام الزوجية حقيقة أو حكما بين الزوجين لقوله تعالى ‹‹وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ››،[2] ولو كان النكاح فاسدا وقت الزواج أو بعده أثناء العدة، وذلك إلى أقصى مدة الحمل، سواء كانت عدة طلاق رجعى أو بائن.[3]

وكذلك بعض الشروط الأخرى كأن يكون كل من الزوجين عاقلا بالغا ومسلما وأن لا يتصل الزوج بزوجته بعد استقراره على ملاعنتها وأن يقوم بإستبرائها بحيضة واحدة أو بثلاث.

ومنه يتبين أنه إذا تم اللعان بين الزوجين فلا يثبت نسب الولد، ولكي يتم ثبوت نسب الولد يجب أن لا يتم نفيه بالطرق المشروعة.

ثانيا: مكان اللعان وإجراءاته

1) مكان اللعان:

روى عن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين الزوجين على المنبر، فإذا لاعن الحاكم بين الزوجين بمكة لاعن بينهما بين المقام والبيت، فإذا لاعن بينهما بالمدينة لاعن بينهما على المنبر، وإذا لاعن بينهما ببيت المقدس لاعن بينهما في مسجدها، وكذلك يلاعن بين كل زوجين في مسجد كل بلد، وقال ويبدأ فيقيم الرجل قائما والمرأة جالسة فيلتعن، ثم يقيم المرأة قائمة، فتلتعن إلا أن يكون بأحدهما علة لا يقدر على القيام معها، فيلتعن جالسا أو مضطجعا إذا لم يقدر على الجلوس، وإن كانت المرأة حائض إلتعن الزوج في المسجد والمرأة على باب المسجد، وإن كان الزوج مسلما والزوجة مشركة إلتعن الزوج في المسجد

---

[1]–العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، (د.م.ن)،الطبعة 6، 2010، الجزء الأول، ص378.

[2]–سورة النور، الآية 6.

[3]–العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص378.

والزوجة في الكنيسة.[1] فلا تدخل المسجد وذلك مصداقا لقوله تعالى: ‹‹ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا ......››.[2]

2) إجراءات اللعان:

يتلاعن الزوج والزوجة أمام القضاء، بحيث يحلف الزوج بالله أربع مرات أنه لصادق فيمايتهمها به، من أن الولد ليس منه، ويقول في الخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم بعد ذلك تحلف الزوجة أربع مرات بالله أنه لمن الكاذبين فيما أتهمها به وتقول في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، و عليه فإذا تم اللعان بهذه الصورة وبهذا الشكل يحكم القاضي بالتفريق بينهما فورا ويتم نفي نسب الولد عن أبيه ويبقى فقط ثبوت نسبه إلى أمه.[3]

وهذا هو معنى قوله تعالى: ‹‹ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ››.[4]

الفرع الثالث: ولادة الجنين بين أدنى مدة الحمل وأقصاها

لا يكفي لكي يلحق النسب بالزوج أن يكون هناك عقد زواج يربط بينه وبين زوجته (م40 و41 ق.أ)، وإنما بل لا بد أن تتحقق مدة الحمل المفروضة شرعا وقانونا، طبقا لأحكام المادة 42 من ق.أ و التي تنص بأن‹‹ أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر››.

أولا:أقل مدة الحمل

يكون الولد للفراش إذا كانت العلاقة الزوجية قائمة، ومتى ولد لستة أشهر من عقد الزواج سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا و هي أدنى مدة الحمل، وفي كل الأحوال تحتسب أقل مدة الحمل من تاريخ إبرام عقد الزواج وفقا للمادة(42 ق.أ)التي تنص على:‹‹أقل مدة الحمل ستة(06) أشهر ......››.

إذا تزوج من يولد لمثله بامرأة، فأتت بولد لستة أشهر وبعد اجتماعهما على الوطء لحق نسبه، لقول الرسول صلى الله عليه و سلم ‹‹ الولد للفراش›› ولأن هذه الشروط يمكن

---

[1]-محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة 1، 2001، الجزء السادس، ص726.

[2]-سورة التوبة، الآية 27.

[3]-سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص210.

[4]-سورة النور، الآيات، 6-9.

كونه منه والنسب مما يحتاط له، ولم يوجد ما يعارضه فوجب إلحاقه به، وانتفى من غير لعان لأن اللعان يمين، واليمين جعلت لتحقق الحد الجائزين، أو نفي أحد المحتملين وما لا يجوز لا يحتاج لنفيه.[1]

والاستدلال على أقل مدة الحمل ورد ذكرها في النص لقوله تعالى‹‹ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا››[2] وهي ستة شهور، ومنه فإن هذه المدة جاءت متفقة بين الشريعة والقانون لأن المشرع الجزائري حددها كذلك بستة أشهر(المادة42)، وعليه فإذا كان هناك عقد زواج وأمكن الاتصال وولدت الزوجة ولدا بعد ستة (06) أشهر من الزواج ولم يقم الزوج بنفيه، فإن نسب هذا الولد يلحق بأبيه لأنه الستة شهور هذه كافية باعتبار أنها أقل مدة شرعية لثبوت النسب.[3]

وقد روى أن رجلا تزوج امرأة فولدت ولدا لستة شهور، فهم عثمان رضى الله عنه أن يرجمها فقال ابن عباس رضي الله عنه أما إنها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى ‹‹ و حمله و فصاله ثلاثون شهرا›› و قال عزوجل‹‹وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ›› فإذا ذهب للفصال[4] عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر ، فدرأ عثمان رضي الله عنه الحد عنها، و أثبت النسب من الزوج.[5]

وإذا أتت الأم بمولودها خلال فترة قيام الزوجية قبل ستة شهور من تاريخ الدخول بها أو الخلوة الصحيحة بعد عقد صحيح، فإن نسب المولود لا يصح إسناده إلى الزوج ، وذلك لأن الولادة في مثل هذه الحال وخلال هذه الفترة القصيرة من الزمن تنشئ قرينة قانونية وعقلانية وشرعية على أن أمه قد حملت به قبل أن تصبح زوجة قانونية وشرعية لهذا الزوج وأنه لا يمكن بالتالي إسناد نسبه إليه.[6]

---

[1]–موفق الدين أبي محمد عبد الله، الكافي، المحقق عبد الله بن عبد المحن التركي بالتعاون مع مركز البحوث و الدراسات العربية و الإسلامية، دار هجر، مصر،الطبعة1،1997،الجزء الرابع، ص601–602.

[2]–سورة لقمان ،الآية13.

[3]–سعد عبد العزيز،المرجع السابق، ص 210–211.

[4]–الفصال : و هو الفطام من الرضاعة.

[5]–بدران أبو العينين بدران، الزواج و الطلاق في الإسلام بحث تحليلي و دراسة و دراسة مقارنة، دار التأليف، مصر، الطبعة2، 1961، ص 312.

[6]–سعد عبد العزيز، المرجع نفسه، ص 211.

ثانيا: أقصى مدة الحمل :

أ)في الشريعة الإسلامية:

أقصى مدة الحمل تعددت فيها آراء الفقهاء، فقال الحنفية: أكثر الحمل سنتان واستدلوا بقوله سبحانه:‹‹وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا››، فقدر ثلاثون شهرا لمجموع الحمل والفطام فلا يصح أن يزيد الحمل حده عن مجموع الأمرين وكذلك احتجوا بقول أم المؤمنين السيدة عائشة رضي الله عنها ‹‹ما تزيد المرأة في الحمل عن سنتين ولا قدر ما يتحول ظل عود المغزل›› ولا تقول ذلك إلا سماعا من النبي صلى الله عليه وسلم وأن الأحكام الشرعية تبنى على الغالب.[1]

وقال الجمهور أكثره أربع سنوات والمالكية ذهبوا إلى القول بأن أكثره خمس سنوات واستدلوا، بأن ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الواقع والواقع يشهد بأن الحمل قد يمتد إلى خمس سنين.[2]

وإذا كانت ولادة المولود قد وقعت أثناء قيام الرابطة الزوجية بين أدنى وأقصى مدة الحمل وبعد الدخول بالزوجة تبعا لعقد صحيح تكون قرينة شرعية وقانونية على أن الولد للفراش وينسب إلى الزوج.[3]

ب)في القانون:

أقصى مدة الحمل هي عشرة(10) أشهر وهو ما نصت عليه المادة (42 ق.أ):‹‹أقل مدة الحمل ستة(06) أشهر وأقصاها عشر(10) أشهر››، وتحسب أقصى مدة الحمل من تاريخ انتهاء عقد الزواج، كيفما كان سبب ذلك الإنهاء، طلاق أو فسخ أو وفاة.[4]

ومنه فإن أقصى مدة الحمل وفقا لقانون الأسرة الجزائري هي عشر (10) أشهر.

والسؤال الذي يطرح عندما تكون ولادة المولود قد وقعت بعد انفصام الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة أو بتوقيف هذه الرابطة لغياب الزوج عن زوجته وإتيانها لولد

---

[1]–أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع، دار المسيرة، عمان (الأردن)، الطبعة1، 2009، ص177.

[2]–المرجع نفسه، ص177.

[3]–سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 212.

[4]–العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 373.

ليس بين أقل وأكثر مدة الحمل وإنما بعد مضي أكثر من عشرة شهور أي بعد انقضاء أقصى مدة الحمل التي حددها القانون ؟

إن مما لاشك فيه في مثل هذه الحال أن المولود الذي تأتي به أمه بعد أكثر من عشرة شهور من تاريخ الطلاق، أو توفي عنها وتركها ولا يمكن إسناد نسبه إلى هذا الزوج المطلق أو المتوفي أبدا، ولا يجوز بالتالي أن يسجل أو يقيد هذا المولود على لقبه واسمه في سجلات الحالة المدنية.[1]

المطلب الثاني: إثبات النسب بالزواج غير الصحيح

نتناول في هذا المطلب ثلاثة فروع جاء فيها مفهوم كل من الزواج الفاسد والباطل وشروط ثبوت النسب بهذا الزواج وكذلك حكم ثبوت النسب به.

الفرع الأول: مفهوم الزواج الباطل والفاسد

أولا: مفهوم الزواج الباطل:

نص المشرع الجزائري على الزواج الباطل صراحة في قانون الأسرة بعد التعديل الأخير بموجب الأمر 05-02 ضمن نص المادتين 32 و33 منه، حيث جاء في نص المادة 32‹‹يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد››.

وجاء في نص المادة 33 ما يلي‹‹يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا››.

ويستخلص من نص المادتين أن المشرع رتب البطلان في حالتين هما:

1-إذا شمل عقد الزواج على أحد الموانع، وهي التي نص عليها المشرع في المواد 23، 24، 25 و26، 30 من قانون الأسرة سواء كانت الموانع مؤبدة أو مؤقتة، كما يبطل العقد إذا اشتمل على شرط ينافي ومقتضيات عقد الزواج.[2]

2-إذا اختل ركن التراضي والذي اعتبره المشرع الجزائري الركن الوحيد في عقد الزواج متمسكا في ذلك بقواعد القانون المدني وأحكام الشريعة الإسلامية.

ثانيا: مفهوم الزواج الفاسد:

‹‹هو ما ورد التشريع بتحريمه، أو اختل ركن من أركانه››.[3]

---

[1]-سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص212.

[2]-صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص34.

[3]-عبد الرحمن ابن عبد الرحمن شهبلة الأهدل، الأنكحة الفاسدة دراسة فقهية مقارنة، مكتبة الخافقين، دمشق، الطبعة 1، 1983، ص 70.

ويكون النكاح فاسدا لذاته لعدة أسباب أهمها المحرمات بالنسب وبالرضاع، وكذلك بالمصاهرة وقد يكون كذلك النكاح فاسدا لسبب مقترن بالعقد.

والزواج الفاسد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة.

ويعرف كذلك الزواج الفاسد، بأنه العقد الذي توافر فيه الإيجاب والقبول وتخلف فيه ركن من الأركان، أو يشتمل على مانع أو على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، أو يتخلف فيه شرط أهلية الزواج، وهذا التعريف بين الفساد والبطلان تمايز بينهما.[1]

ونص المشرع الجزائري في المادة 34 من ق.أ على ما يلي: ‹‹كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب أو وجوب الاستبراء[2] ››.

كما نص كذلك على الزواج الفاسد[3]، في نص المادة 33 ف 2‹‹ إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أوولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل››.

ما يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري رتب الفسخ على عقد الزواج إذا فقد شرطا من شروطه الصحة.

وطالما أن المادة 40 ق.أ تقضي بأنه يثبت النسب بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول، فإن المشرع الجزائري لا يعترف بثبوت النسب قبل الدخول والزواج الفاسد تثبت له بعد الدخول بعض الآثار القانونية ومنها ثبوت النسب مع وجوب التفرقة بين الزوجين، وذلك لمصلحة الولد خشية من ضياع نسبه وذلك إذا ما توافرت شروط إثبات النسب الموجودة في الزواج الصحيح من دخول حقيقي بالمرأة وأن يمضي على الزواج الفاسد أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي، أما أقصى فترة الحمل بالنسبة للزواج الفاسد فإنها تحسب من تاريخ التفريق بين الزوجين، فإن جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشرة أشهر اعتبارا من يوم التفريق، يثبت نسبه من أبويه.[4]

---

[1]–صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص35.

[2] –الإستبراء: و هو تربص المرأة مدة معلومة للتأكد من براءة الرحم من الحمل و ذلك بسبب الزنا أو الوطء بشبهة ومن أسبابه حدوث النكاح الفاسد و حكمه الوجوب.

[3]–الزواج الفاسد: هو الذي يتوافر فيه ركن التراضي و لكن تضمن سببا من أسباب الفسخ و تبين امره قبل الدخول.

[4]–العربي بلحاج، المرجع السابق، ص381.

الفرع الثاني: شروط ثبوت النسب بالزواج غير الصحيح

إن ثبوت النسب من زواج فاسد يجب أن تتوافر فيه الشروط التالية:

1-لابد من حصول دخول بالزوجة المعقود معها بعقد فاسد، فلو لم يقع دخولا فلا محل للقول بالنسب لأن العقد الفاسد لا يكون فراشا، ويستثنى من هذا الشرط حال قيام الأب بادعاء الولد أنه ابنه، وفيها لا تسمع دعواه إلا إذا توافر شرطان أحدهما أن المرأة تلد قبل نهاية العدة، وثانيهما أن تقل المدة على ستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي لاحتمال كونه خالطها من قبل متى لم يصرح أنه من زنا، فإن صرح بذلك فلا نسب بينهما.[1]

فإن انتفت هذه الشروط فإن الولد ينسب لأبيه بقوة القانون طالما أن المدة بين تاريخ الانفصال وتاريخ ميلاد الطفل لا تزيد على 10 أشهر.

2-أن يدعيه الأب بكيفية لا يرفضها العقل السليم ولا العادة.[2]

الفرع الثالث: حكم ثبوت النسب في الزواج غير الصحيح

أولا: حكم ثبوت النسب في الزواج الباطل

الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من الآثار التي يرتبها الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول، وحكمه أنه لا يترتب عليه أثر ما قبل الدخول، بل يعتبر وجوده كعدمه ويجب على كل من الزوجين أن يفترقا في الحال، فإذا دخل الرجل على من عقد عليها عقدا باطلا كان دخوله بمنزلة الزنا في الفقه الإسلامي إذا كان عالما بالبطلان، أما المشرع الجزائري قد رتب على عقد الزواج الباطل ثبوت النسب، وهو ما نصت عليه المادتين 34 و40 من قانون الأسرة الجزائري.[3]

حيث تنص المادة(40) من ق.أ على: ‹‹ يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و33و34 من هذا القانون.

[1]-سعد فضيل، المرجع السابق، ص215.

[2]-المرجع نفسه، ص 215-216.

[3]-صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص35.

وصور الفسخ حسب المادتين 32 و34 هي:

1-فقدان ركن الرضا الذي يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا.[1]

2-تخلف شرط من شروط الصحة كالولي والشهود وانعدام الأهلية، المادة 33 ق.أ

3-اقتران العقد بشرط ينافي مقتضياته المادة (32) ق.أ.

ثانيا: حكم ثبوت النسب في الزواج الفاسد

الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح، لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد ومحافظة عليه، إذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقدا فاسدا، ودخولا حقيقيا، لكن إذا عقد الرجل على امرأة عقدا فاسدا ثم اكتشف ذلك قبل الدخول فإنه يترتب عليه وجوب التفريق بينه وبينها ويصبح العقد وكأنه عقد باطل ولا ينتج عنه أي أثر شرعي من الآثار المترتبة على العقد الصحيح.[2]

وخلاصة ذلك أنه لا فرق في قانون الأسرة بين الصحيح والفاسد من حيث ثبوت نسب الأولاد الذين حملت بهم من هذا الدخول المادة (34 و40 ق. أ)، فكلاهما فيه إلحاق الولد بأبيه إذا جاءت به أمه لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول، والمدة أقصاها عشرة (10) أشهر من تاريخ التفريق أو الانفصال بين الزوجين(42 و43 ق.أ).[3]

وفي قرار مشهور للمحكمة العليا مؤرخ في 15/ 06/ 1990، ملف رقم 222674 حكمت بأنه يثبت النسب بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و33 و34 ق.أ ومتى تبين أن قضاة الموضوع لما قضوا، يتعين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى معرفة النسب، خلافا للقواعد، إثبات النسب المنتظم شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من ق.أ فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قراراتهم للنقض[4].

[1]-زبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري،(أطروحة دكتوراه)، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2009،ص42-43.

[2]-صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص36.

[3]-العربي بلحاج، المرجع السابق، ص381.

[4]-قرار المحكمة العليا، ملف رقم222675، المؤرخ في1999/06/15، المجلة القضائية، سنة1999، العدد1، ص126.

المطلب الثالث: إثبات النسب بنكاح الشبهة

تنص المادة (40) من ق.أ على ما يلي‹‹ يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون››.

وعليه سنتناول هذا المطلب في ثلاثة فروع نتطرق فيها إلى مفهوم نكاح الشبهة وأنواعها وكذلك حكم ثبوت النسب بنكاح الشبهة:

الفرع الأول: مفهوم الشبهة والوطء بشبهة

أولا: تعريف الشبهة

1-تعريف الشبهة لغة:

‹‹الشبهة الالتباس وفي الشرع ما التبس أمره فلا يدري لاحلال هو أم حرام وحق وهو أم باطل (ج) شُبه››.[1]

2-تعريف الشبهة اصطلاحا:

‹‹هي مقاربة الرجل لامرأة تحرم عليه من جهله بالتحريم››.[2]

‹‹أو هي كل معاشرة بين رجل وامرأة ليست زواجا شرعيا صحيحا وليست زنا حتى توجب الحد››.[3]

3-تعريف الوطء بالشبهة:

ويقصد بالاتصال بشبهة الاتصال غير الشرعي بين رجل ومرأة مع اعتقاد الرجل شرعية الاتصال نتيجة غلط في الواقع أو في الشخص أو في الحكم الشرعي، كما في الزواج الفاسد، وبمعنى أن هذا الشيء ليس ثابتا ولكنه يشبه الثابت، وذلك أن الرجل قد يدخل بامرأة معتقدا أنها حلال له فيتضح له أنها ليست حلالا.[4]

---

[1]-مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص471.

[2]-عبد الرؤوف دبابش، ثبوت النسب في الأنكحة الفاسدة والباطلة في الشريعة وقانون الأسرة، مجلة الاجتهاد القضائي الجزائري، جامعة محمد خيضر (بسكرة)، العدد7، ص72.

[3]-زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص42.

[4]-عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص373-374.

ثانيا: صور نكاح الشبهة

إن لنكاح الشبهة عدة صور نذكر بعضها:

1- الارتباط بالمرأة التي تدعى انقضاء عدتها- وهي لم تنته بعد - لتغيظ الزوج الأول.

2- الدخول بالزوجة ثم تبين أنها من المحارم.

ثالثا: شروط ثبوت النسب بالوطء بشبهة

يثبت النسب بالوطء بشبهة إذا تحقق فيه ثلاثة شروط:

1-أن يتحقق الوطء فعلا.

2- أن تكون الشبهة مسقطة للحد.

3- أن يدعى الرجل الولد الذي حملت به المرأة، من الوطء بشبهة، لأن فراش الوطء لا يثبت النسب، وإنما يثبته استلحقاق الرجل الولد به.[1]

الفرع الثاني: أنواع الشبهة

الشبهة تتنوع إلى ثلاثة أنواع شبهة الحل و يقال لها شبهة الملك، وشبهة العقد، وشبهة الفعل:

أولا:شبهة العقد

وجدت بسبب وجود العقد صورة لا حقيقة، كأن يجري رجل عقد زواجه على امرأة، ثم تبين فساد العقد لسبب من الأسباب الموجبة للفساد، وذلك لو عقد رجل على معقدة الغير أو على محرم له رضاعا أومصاهرة وهو يعتقد الحل لجهله بكونها محرمة عليه.[2]

ثانيا:شبهة الفعل

تسمى شبهة الاشتباه: وهي الشبهة التي تحدث في نفس الشخص فيظن الحرام حلالا من غير دليل من الشارع قوي أو ضعيف أو خبر من الناس اعتبر الشارع الأخذ به جائزا، ومثال ذلك من ظن بعض المحرمات عليه كأخته رضاعا حلالا له، وهو يعلم العلاقة التي تربطه بها، ولكنه يجهل التحريم فإن هذه الشبهة تسمى شبهة اشتباه، لأن ذلك جهل بالشرع، أو شبهة فعل، لأن الشبهة صاحبت الفعل، ولم تقم بالمحل وليس من ذلك من تزوج امرأة لا يعلم أنها أخته من الرضاعة، وقد أخبره المتصلون به أنه لا علاقة محرمة بينهما، ثم تبين

---

[1]-محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، الطبعة 3، 2010، ص375.

[2]-عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص374.

أن بينهما علاقة الرضاع المحرم، فإن هذه تعد من الأول لأن الدليل وجد من إخبار من حوله بأن لا علاقة بينهما، فكانت الشبهة في المحل لأنها ناشئة عن دليل مبيح وإن ثبت بطلانه.[1]

ثالثا:شبهة الحل

وهي شبهة الملك وتكون إذا كان في المحل دليلان أحدهما قوي يفيد التحريم، والآخر ضعيف قد يؤدي إلى الحل، وأن الحكم يسير على مقتضى القوى، فإذا حصل دخول في هذه الحال يكون يسير على مقتضى الدليل الضعيف، فيكون هذا شبهة قوية، ومثال ذلك الدخول بجارية ابنه، ففي هذه الحالة دليل التحريم قائم قوي، وهو أنها ليست ملكا له، بل ملك لغيره وهو ابنه، لكن في المحل دليل آخر أن لم يكن له من القوة ما يعارض الأول فهو يوجد شبهة في الحل وهو قوله صلى الله عليه وسلم ‹‹أنت ومالك لأبيك››فإنه يفيد نوع ملكية للأب في مال الابن، والعادة جرت بسيطرة الأب على مال الابن للخلطة بينهما، ومثال ذلك أيضا النكاح بلا شهود فإن دليل التحريم قائم وهو قوله صلى الله عليه وسلم ‹‹ لا نكاح بغير شهود››وحكم الدخول مع هذه الشبهة أنه يسقط فيه الحد، ويمحو وصف الزنا، فيثبت المهر، والعدة والنسب.[2]

الفرع الثالث: حكم ثبوت النسب بنكاح الشبهة

أقر المشرع الجزائري ثبوت نسب الولد من أبيه في نكاح الشبهة حيث عبر عن ذلك صراحة في المادة 40 ق.أ، فإذا جاءت المرأة الموطوءة من شبهة بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها وتأكد كونه حينئذ من ذلك الوطء، فإن هذا الولد ينسب لأبيه، لأن ذلك يعد تطبيقا للقانون، كما هو واضح من قرار المحكمة والذي عبرت فيه ‹‹ من المقرر قانونا أن يثبت النسب بالزواج الصحيحأو بالإقرار أو بالشبهة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون››.[3]

وإذا كان المبدأ الذي سار عليه المشرع الجزائري هو ثبوت النسب من الزواج غير الصحيح مهما كانت جسامة الخلل، فإنه مع ذلك قد تغافل عن سريان حساب المدة في هذه

---

[1]-محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971، ص202.

[2]-المرجع نفسه، ص 201-202.

[3]-قرار المحكمة العليا، ملف رقم7412، المؤرخ في1991/05/21، المجلة القضائية، سنة1994، العدد2، ص56.

الأنكحة، وما إذا كانت تحسب من تاريخ العقد أم تاريخ الدخول ؟ وهذا الجواب يقتضي الرجوع إلى موقف الفقه الإسلامي استنادا إلى نص المادة 222 ق.أج التي جاء فيها ‹‹كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية››.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن للفقهاء رأيان:

الرأي الأول: ذهب إلى القول بوجوب الاحتياط لثبوت النسب حفاظا على الولد من الضياع، ومن هنا يكون الأمر عندهم أن نحسب مدة الحمل من تاريخ العقد الفاسد كما هو الشأنبالنسبة للزواج الصحيح.

والرأي الثاني: ذهب إلى القول أن مدة الحملتحسب من تاريخ الدخول.[1]

[1]–مفيدة ميدون، دور علم الوراثة في إثبات النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، (رسالة ماجيستير)، تخصص أحوال شخصية، جامعة الوادي، كلية الحقوق، 2015، ص31.

المبحث الثاني: الطرق الكاشفة للنسب

وتسمى بالكاشفة، لأنها تكشف عن واقعة سابقة، وتتمثل هذه الوسيلة في الإقرار والبينة، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث وفق مطلبين الأول الإقرار والآخر البينة.

المطلب الأول: إثبات النسب بالإقرار

يتم إثبات النسب بالإقرار وحده من غير أن يقترن به ما يبين وجهه وتعرض المشرع الجزائري للإقرار في نص المواد 40 و44 و45 من قانون الأسرة، واعتبره طريقا من طرق إثبات النسب، غير أن المشرع الجزائري لم يأت بتعريفه من خلال هذه المواد وسنتناول في هذا المطلب مفهوم الإقرار وأنواعه وشروط الإقرار.

الفرع الأول: مفهوم الإقرار

أولا: تعريف الإقرار لغة:

الإقرار مأخوذ من الفعل أقر: دخل في القُر، وبالحق، وله اعترف به وأثبته ويقال أقر على نفسه بالذنب والشيء في المكان: ثبته فيه، الإقرار هو الاعتراف.[1]

ثانيا: تعريف الإقرار اصطلاحا:

لم يعرف المشرع الجزائري الإقرار في قانون الأسرة وبالرجوع إلى القانون المدني نجده عرف الإقرار في نص المادة 341:" الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعي بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة".[2]

وعرف كذلك بأنه‹‹هوالاعتراف بما يوجب حقا على قائله بشرطه، وقيل هو إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه ››.[3]

هذا في مطلق الإقرار الذي يمس كل الحقوق والدعاوى، أما الإقرار بالنسب فأطلق عليه الفقه الإسلامي الاستلحاق وهو إقرار كل مكلف ولو سفيها بأنه أب لشخص مجهول نسبه عند العامة والخاصة ما لم يكذبه العقل أو العادة أو الشرع.[4]

والاستلحاق هو ادعاء رجل أنه أب لهذا، هذا قيد لبيان الواقع لأن الشخص لا يكون أبا لنفسه إن قلت أن الاستلحاق طلب لحوق شيء والإدعاء إخبار يقول يحتاج لدليل فكيف

---

[1]-مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص725.

[2]-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[3]-زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص48.

[4]-المرجع نفسه، ص48.

يسمح لتفسيره به مع أن الإخبار مقابل للطلب، وأجيب بأن ما ذكر أصل استلحاق في اللغة ثم غلب في عرف الفقهاء على ما ذكر الشارع قوله إنما يستلحق الأب أي لا الأم اتفاقا والمراد الأب نية فلا يصح الاستلحاق من الجد على المشهور وقال أشهب يستلحق الجد وتأوله ابن رشد على ما إذا قال أبو هذا ولدي لا أن هذا الابن ولدي فلا يصدق.[1]

والاستلحاق موجب للحوق النسب وليس من التبني المحرم المنهي عنه في شيء، لأن من شرط الحل في الاستلحاق الشرعي أن يعلم المستحلق أن المستحلق ابنه، أو يظن ذلك ظنا قويا، وحينئذ شرع له الإسلام استلحاقه وأحله له وأثبت نسبه منه، وأما الشيء المنهي عنه فهو دعوى الولد مع القطع بأنه ليس ابنه.[2]

ولو أقر عبد لمجهول أنه ابنه وصدقه ومثله يولد لمثله وحكم به بطريقة لم تصح دعواه بعد ذلك أنه ابن لغير العبد المقر، وهي تصلح حيلة لدفع دعوى النسب، وشرط في التهذيب تصديق المولى، وفي اليتيمة من الدعوى: سئل علي ابن أحمد عن رجل مات وترك مالا فاقتسمه الوارثون، ثم جاء رجل وادعى أن هذا الميت كان أبي، وأثبت النسب عند القاضي بالشهود وأن أباه أقر أنه ابنه، وقضي القاضي له بثبوت النسب، فيقول له الوارثون: بين أن هذا الرجل الذي مات نكح أمك. هل يكون هذا دفعا ؟ فقال: إن قضي القاضي بثبوت نسبه وبنوته ولا حاجة إلى الزيادة.[3]

جهالة المقر تمنع صحة الإقرار لا في مسألة ما إذا قال لك على أحدنا ألف درهم وجمع بين نفسه وعبده إلا في مسألتين فلا يصح أن يكون العبد مديونا أو مكاتبا.[4]

ثالثا: دليل الإقرار

دليل الإقرار من الكتاب والسنة والاجماع والقياس .

و هذا ما سنبينه :

---

[1]-شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الإحياء للكتب العربية، (د.م.ن)، (د.ت.ن) الجزء الثالث، ص412.

[2]-سعاد إبراهيم صالح، علاقة الآباء بالأبناء على الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة، دار التعاون، القاهرة، الطبعة 3، 1995، ص52.

[3]-زين الدين ابن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي، الأشباه والنظائر، دار الفكر، دمشق، الطبعة 1، 1983، ص308.

[4]-المرجع نفسه، ص308.

أ ــ الكتاب:

قوله تعالى: "وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُم مِّن كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُّصَدِّقٌ لِّمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنصُرُنَّهُ ۚ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي ۖ قَالُوا أَقْرَرْنَا ۚ قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُم مِّنَ الشَّاهِدِينَ".[1]

ب ــ السنة:

روى أن ماعزا والغامدية أقرا عند النبي صلى الله عليه وسلم بالزنا، فأمر برجمهماو قال: اغد يا أنس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها.

ج ــ الإجماع:

فلا خلاف بين الأمة في تعليق الحكم بالإقرار.

د ــ القياس:

فإن الإقرار، آكد من الشهادة، لأنه لا يتهم فيما يقر به على نفسه، فإذا تعلق الحكم بالشهادة، فلان بالإقرار أولى.

رابعا:أقسام الإقرار

الإقرار هنا على أربعة أقسام وهي:

1-إقرارلا يقبل بحال: وهو إقرار المجنون والمحجور عليه بسفه.

2-إقرار لا يصح في حال ويقبل في حال: وهو إقرار المحجور عليه بالفلس.

3-إقرار لا يصح في شيء ويصح في غيره: مثل إقرار الصبي في الوصية والتدبير، ومثل إقرار العبد في الحدود والقصاص.

4-الإقرار الصحيح: وهو الذي لا يقبل منه الرجوع، وهو إقرار الحر البالغ لغير الوارث.[2]

الفرع الثاني: أنواع الإقرار بموجب المادتين 44 و45 .ق.أ

تطرق المشرع الجزائري إلى أنواع الإقرار بموجب المادتين 44 و45 من قانون الأسرة بحيث نصت المادة 44 منه ‹‹على أنه يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة›› و نصت المادة

---

[1]-سورة آل عمران، الآية 81.

[2]-شمس الدين محمد ابن أحمد المنهاجي الأسيوط، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، الإسكندرية، الطبعة 2، (د.ت.ن)، الجزء الأول، ص18.

45 على‹‹الإقرار بالنسب في غير البنوة، و الأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه››.

ومنه هناك نوعان من الإقرار حسب قانون الأسرة:

أولا: الإقرار بالبنوة

وهو إقرار متعلق بنفس المقر بالبنوة، كأن يقول هذا ابني، أوهذا أبي وأطلق عليه الفقه الإسلامي إقرار بنسب محمول على المقر نفسه.[1] و نصت عليه المادة 44 ق.أ

ثانيا:الإقرار في غير البنوة أو الأبوة أو الأمومة

ويسمى أيضا بالإقرار بما فيه تحميل النسب على الغير، وبعبارة أخرى الإقرار غير المباشر هو إقرار غير الأب، وفيه تحميل النسب عليه وصورته أن يقر الشخص بما يستفرع من أصل النسب، كأن يقول بأن فلانا أخوه، أو عمه أو ابن عمه، ففي جميع هذه الأحوال يكون الإقرار فيه تحميل للنسب على الغير.[2]

الفرع الثالث: شروط الإقرار

أولا: شروط الإقرار بالبنوة أو الأبوة

يشترط المشرع الجزائري لصحة اعتبار هذا الإقرار شرطين هامين وهما أن ينصب الإقرار على شخص مجهول النسب، وأن يكون من النوع الذي يصدقه العقل أو تصدقه العادة، وهما ما جاء في المادة 44 ق.أ " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة، أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة.[3]

وعليه يصح إقرار الشخص (لو في مرض الموت)، بالوالدين، إذا كان المقر له مجهول النسب، وإن صدقه المقر له، متى صدقه العقل أو العادة أو الحس السليم.[4]

والقاعدة في الإقرار ثبوت النسب المباشر، على المقر نفسه، كما هو الحال إذا أقر شخص لولد أنه ابنه، فلصحة هذا الإقرار يشترط القانون الجزائري ثلاثة شروط وفقا للمادتين 44 و45 ق.أ هي كالآتي:

---

[1]-مفيدة ميدون، المرجع السابق، ص34.

[2]-المرجع نفسه، ص35 ـــــ 36.

[3]-العربي بلحاج، المرجع السابق، ص386-387.

[4]-الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة 1، 2008، ص 234-235.

1-أن يكون المقر له مجهول النسب:فإن كان له نسب معروف لا يصح إقراره، ولايقبل الإبطال أو الفسخ، لأنه معناه نفى نسبه الأول ولا يثبت إلا ببينة.[1]

2- أن يكون فارق السن بينهما يقبل البنوة: فإن كان فارق السن بينهما لا يقبل البنوة، فلا يقبل إقراره لأن الواقع يكذبه عقلا وعادة.[2]

3- أن يكون المقر بالغا عاقلا ومختارا: فلا عبرة بإقرار الصبي المجنون والمكره لعدم وجود الأهلية والرضا.[3]

4- تصديق المقر له المقر على إقراره: وهنا يجب أن يكون الإقرار بدون تردد ولا تراجع، مع توافر شروط صحة الزواج، متى كان هذا الإقرار صحيحا، فإذا ثبت نسب الولد بالإقرار تثبت له جميع الحقوق الشرعية المقررة للأبناء، هذا ولا يجوز للقاضي أن يطلب من المقر في دعوى الإقرار بالنسب، الاستدلال بوثيقة الزواج وفقا لأحكام المادتين 44 و45 ق.أ، لأن المشرع الجزائري نظم إثبات النسب بواسطة الفراش في المواد **40، 41، 42، 43 ق.أ** حتى يستطيع المقر تصحيح بعض الأوضاع المشبوهة حماية لنسب الولد.[4]

ثانيا: شروط الإقرار بالنسب في غير البنوة أو الأبوة أو الأمومة

يشترط في الإقرار بالنسب في غير البنوة نفس الشروط المتعلقة بالإقرار بالنسب في البنوة ويضاف لها شرطا آخر هو أن يوافق المحمول له عليه بالنسب على هذا الإقرار ففي قوله: هذا أخي يشترط لثبوت نسبه مع الشروط السابقة أن يصدقه أبوه في ذلك.[5]

فهذا النوع من الإقرار يعتبر حجة قاصرة على غير المقر ولا يسري في حق الغير، ويترتب على هذا الإقرار ما يأتي:

1- إن أقر ولد لشخص توفي وتوافرت شروط الإقرار التي سبق بيانها وكان المقر عاقلا بالغا، للآخر بأنه أخوه صح هذا الإقرار لكنه لا يسري على الورثة الذين لم يوافقوا المقر على إقراره ويشارك المقر له في نصيبه من الميراث.[6]

---

[1]-أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص 178.

[2]-العربي بلحاج، المرجع السابق، ص387.

[3]-أحمد محمد المومني، المرجع نفسه، ص178.

[4]-العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص387.

[5]-المرجع نفسه، ص389.

[6]- صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص47.

2-الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة ليس قاصرا على الإرث والنفقة بل يمتد ليشمل أحكام الحضانة التي تسريبين المقر والمقر له مدام قد تصادقا على ذلك.[1]

المطلب الثاني: إثبات النسب بالبينة

لقد ورد النص على إثبات النسب بالبينة في المادة 40 ق.أج حيث تنص على ‹‹يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرارأو بالبينة ...››، وتعتبر البينة دليل إثبات أقوى من الإقرار، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، أما البينة فهي حجة متعدية إلى الكافة، كما أن النسب وإن ثبت في الظاهر بالإقرار إلا أنه غير مؤكد.[2]

والمشرع الجزائري لم يبين ما يقصده بهذه البينة إلا أن الفقهاء لم يشككوا في مشروعيتها والعمل بها، وأنها وسيلة من وسائل إثبات النسب، كونها تبين الحق وتظهره وبالتالي لا بد من التعرض إلى مفهوم البينة وصورها وكيفية ثبوت النسب بالبينة.

الفرع الأول: مفهوم البينة

نتطرق فيه إلى تعريف البينة ومشروعيتها وشروطها:

أولا: تعريف البينة

1-تعريف البينة لغة:

البينة مأخوذة من البيان والوضوح، واستبان الصبح وضح، وهو على بينة من أمره أي: على وضوح وعدم خفاء.[3]

2-تعريف البينة اصطلاحا:

هي الدلائل والحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما، من وسائل الإثبات الواردة في قانون الإجراءات.[4]

---

[1]-صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص47.

[2]-محمد عزمي بكري، موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية الطلاق النسب، دار محمود للنشر، (د.م.ن)، الطبعة 9، 1999، ص588.

[3]-ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، الطبعة1، ص152.

[4]-مفيدة ميدون، المرجع السابق، ص42.

3-المعنى العام و الخاص للبينة:

أ) المعنى العام:

هو الدليل أيا كان كتابة أو شهادة أو بالقرائن، فإذا قلنا البينة على من ادعى واليمين على من أنكر نقصد بها هنا البينة بمعناها العام.[1]

ب) المعنى الخاص:

فهي شهادة[2] الشهود من دون غيرها من الأدلة وقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب وكانت الأدلة الأخرى من الندرة إلى حد ما أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة فانصرف لفظ البينة إلى الشهادة دون غيرها.[3]

ثانيا:مشروعية البينة (الشهادة):

الأدلة متضافرة على مشروعية الشهادة منها:

قوله تعالى: " وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ۖ فإن أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ۗ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ ۚ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فإنهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ".[4]

وعن زيد بن خالد الجهني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها".[5]

ثالثا: صور البينة

لها عدة أنواع تتمثل في الشهادة المباشرة و السماعية و كذلك الشهادة بالتسامع و سنوضحها فيما يلي:

---

[1]-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بالوجه العام الإثبات وآثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1982، ص311.

[2] -شهادة مشتقة من المشاهدة وهي المعاينة لأن الشاهد يخبر عما شاهده وعاينه، مأخوذة من معجم مجمع اللغة العربية.

[3]-عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص311.

[4]-سورة البقرة، الآية 283.

[5]-مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب بيان خير الشهود، حديث رقم 1719، الجزء 2، ص215.

1-الشهادة المباشرة:

وفيها يذكر الشاهد ما وقع تحت سمعه أو بصره فيكون عارفا للواقعة محل النزاع معرفة شخصية عن طريق إدراكه لها بسمعه أو بصره أو بكليهما وهي أقوى أنواع الشهادة وتخضع في تقديرها لسلطة القاضي.[1]

2-الشهادة السماعية:

وتكون غير مباشرة، وتختلف عن الشهادة المباشرة كون أن الشاهد يشهد بما سمع رواية عن غيره، أي الواقعة التي يشهد عليها يكون قد رواها له شاهد آخر رآها بعينه، أوسمعها بأذنه وتبعا لذلك تعتبر الشهادة السماعية شهادة على الشهادة وهي جائزة قانونا مع خضوعها لسلطة القاضي التقديرية.[2]

3-الشهادة بالتسامع:

و تأخذ هذه الصورة ما يدور حول مسامع الناس ورواياتهم عن الواقعة، فهي بذلك شهادة سماع، يشهد بها الشخص عما سمعه من شخص آخر أدرك الواقعة أو أدركها هو نفسه والشهادة بالتسامع غير مقبولة إلا فيما نص عليها القانون صراحة.[3]

الفرع الثاني: شروط البينة (الشهادة)

اتفق العلماء على اشتراط العقل والبلوغ، والإسلام في الشاهد على النسب، واختلفوا في البصر والنطق والحرية والعدد والعدالة، ونصاب الشهادة في الأنساب تختلف من مذهب لآخر بعد إجماعهم على ثبوتها بشهادة رجلين.

فذهب الحنفية إلى أنه يعتد بشهادة رجل وامرأتين على الولادة إن لم يكن هناك حبل ظاهر ولا فراش قائم ولا إقرار الزوج بالحبل، وذهب المالكية إلى أنه يعتد بشهادةامرأتين، ويكتفي الحنابلة والصاحبان بشهادة امرأة واحدة حرة مسلمة عدل لأن مسائل الحمل والوضع وتعيين المولود والاستهلال من المسائل التي لا يطلع عليها الرجال غالبا.[4]

---

[1]-مفيدة ميدون، المرجع السابق، ص44-45.

[2]-صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص55.

[3]-مفيدة ميدون، المرجع نفسه، ص45.

[4]-ابن قدامة عبد الرحمن، الشرح الكبير بذيل المغنى، تحقيق محمد شرف الدين خطاب وآخرون، دار الحديث، القاهرة، 2004، الجزء الثامن، ص99.

ويلحق بشهادة المعاينة الشهادة بالتسامع والاستفاضة، ولو لم يكن هؤلاء الجمع قد عاينوا الواقعة بأنفسهم، وإنما بسماعها من أطراف أخرى يستحيل تواطؤهم على الكذب عادة، بعد أن ذاع بينهم انتساب فلان لفلان ومضى على ذلك زمن من غير ظهور ما يخالف هذا الوضع ولأن أمور النسب يختص بمعاينتها خواص الناس وتترتب عليها أحكام دائمة على مر الأعوام فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع لأدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام.[1]

كما عد المشرع الجزائري شهادة الشهود طريقا من طرق إثبات النسب في المادة 40 ق.أ، رغم أن النص الفرنسي للمادة عبر عنها بالدليل وسواء كان هؤلاء الشهود من أقارب الزوجين أو من الأجانب وهو ما قضت به المحكمة العليا حيث ورد في إحدى قراراتها‹‹ومن المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة و الأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له ... حيث أنه في غالب الأحيان يرفض القضاة شهادة الأقارب في الزواج والنسب مع أن الشريعة تقبل شهادتهم باعتباره من قضايا الحالة التي تثبت بكل الطرق››.[2]

الفرع الثالث: كيفية ثبوت النسب بالبينة

القاعدة العامة أن شهادة الشهود التي يثبت بها النسب في الفقه الإسلامي والفقه المالكي على وجه الخصوص، هي شهادة رجلين أو شهادة رجل وامرأتين، لكن ما هو معروف أن هذه الحادثة عادة ما تحضرها النساء فقط و أحيانا تحضرها امرأة واحدة فقط، فهل تقبل شهادة امرأة القابلة منفردة دون شهادة الرجال؟

عند جمهور الفقهاء فهي مقبولة في حقوق الأبدان التي لا يطلع عليها الرجال غالبا، مثل الولادة وعيوب النساء، فلا خلاف في شيء في هذا الإطار، غير أن أبا حنيفة قال لا تقبل فيه شهادتين إلا مع الرجال، لأنه عنده من حقوق الأبدان التي يطلع عليها الرجال والنساء.[3]

والذين قالوا بجواز شهادتهن منفردات في هذا الجنس اختلفوا في العدد المشروط في ذلك منهن، فقال مالك يكفي في ذلك من أربع، لأن الله عز وجل قد جعل عديل الشاهد

---

[1]–وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الجزائر، الطبعة1، 1991، الجزء السادس، ص559.

[2]–قرار المحكمة العليا، ملف رقم 172333، المؤرخ في1997/10/28، المجلة القضائية، سنة1997، العدد 1، ص42.

[3]–مفيدة ميدون، المرجع السابق ، ص 45.

الواحد امرأتين، وأجاز أبو حنيفة قبول شهادة النساء منفردات في الولادة والبكارة، وعيوب النساء في موضع لا يطلع عليه الرجال.[1]

وعليه، فإن ادعت امرأة بأنها حملت من زوجها وولدت في غيابه مثلا أو في حضوره، وأنكر الزوج واقعة الولادة في ذاتها أو اعترف بالولادة كواقعة مادية وأن الولد الذي بين يديها هو ليس نفسه الذي ولدته، فإنه بالإمكان شرعا وقانونا إثبات واقعة الولادة عن طريق شهادة النساء اللاتي حضرن عملية الولادة أو الممرضات المستشفى اللواتي حضرن الولادة.[2]

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 62 ق.ح.م حيث جاء فيها:‹‹يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم، وإلا فالأطباء والقابلات، أو أي شخص حضر الولادة وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت الأم عنده››.[3]

وعليه فالقابلات تكون شهادتهن مقبولة أمام القضاء في ثبوت النسب.

وأخيرا فإنه من الضروري أنه حتى تستكمل الدراسة أحقيتها ضمن الفصل الأول لابد أن نتطرق إلى مناقشة الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري ضمن الأمر 05ــــ02 لأن التطورات العلمية في مجال الطب وعلم البيولوجيا والوراثة كشفت عن وجود طرق جديدة تتعلق بإثبات النسب وتحديد أبوة الولد، وبالتالي فإنه من باب الواجب أن نعرف موقف المشرع الجزائري من النسب حيال البصمة الوراثية ونظام فصائل الدم وما دور كل منهما على إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري؟

---

[1]–علي أبو البصل، شهادة النساء في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق، العدد 2، 2001، ص157.

[2]–سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص217.

[3]–الأمر رقم 70– 20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 هــ الموافق لــ 19 فبراير 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية.

الفصل الثاني

الطرق العلمية لإثبات النسب

وسع المشرع الجزائري من دائرة إثبات النسب بالنص على الخبرة الطبية كوسيلة شرعية للإثبات وفقا لنص المادة 40 ف 2.ق.أ المعدل بموجب الأمر رقم 05-02، وبذلك يكون المشرع قد حل إشكالية عويصة كانت مطروحة على مستوى أنظمة القضاء في الدول العربية حيث غالبا ما كان يرفض هذا الاجتهاد.

ولقد تنوعت هذه الطرق العلمية فبعد أن كان العالم بأكمله يخضع لطريقة واحدة للدلالات الوراثية في مجال البحث الجنائي وذلك حتى أواخر الستينات وهي الطريقة التي تعرف بخلايا الدم الحمراء، إلى أن تم اكتشاف تحليل الحامض النووي أو ما يسمى بالبصمة الوراثية .

وهذا ما سنتناول دراسته في هذا الفصل حيث قسمته إلى مبحثين المبحث الأول جاء فيه صور الطرق العلمية و هي فصائل الدم و البصمة الوراثية و المبحث الثاني خصصته إلى ذكر دور البصمة الوراثية في إثبات النسب و سلطة القاضي في اللجوء إليها

المبحث الأول: تكريس الطرق العلمية لإثبات النسب

إن اعتماد الوسائل العلمية في إثبات النسب أصبح ضرورة لا مفر منها، وأنه من غير المعقول تجاهل أهميتها في مجال إثبات النسب، خاصة في وقت أصبح فيه العلم هو مقياس تقدم الأمم، الأمر الذي أدى بالمشرع إلى إدراج الطرق العلمية كوسائل لإثبات النسب.

و سنتطرق في هذا المبحث إلى صور الطرق العلمية وقوتها في إثبات النسب وكذلك العوائق التي تعترض هذا التطبيق.

المطلب الأول: صور الطرق العلمية لإثبات النسب

تقدم لنا اليوم العلوم البيولوجية مجموعة من الاكتشافات العلمية المختلفة التي تعد دلائل قوية، يقارب البعض منها حد القطعية في الكشف عن حقائق عديدة، منها إثبات النسب[1].

و سنتطرق إلى نوعين من هذه الطرق العلمية طرق نظام فصائل الدم في الفرع الأول و في الفرع الثاني البصمة الوراثية

الفرع الأول: نظام فصائل الدم في مجال إثبات النسب

الدم أساس الحياة، تتم من خلاله كافة العمليات الحيوية التي يحتاجها الجسم، ولا تقتصر أهمية الدم على هذه الناحية فحسب بل أصبحت أهميته واسعة الآفاق تمتد إلى الروابط الاجتماعية، من بين مجالات الاستفادة من معرفة فصائل الدم، حل المشاكل الخاصة بقضايا تنازع البنوة، وحالات الاشتباه في المستشفيات وحالات ضياع الأولاد، وبناء على ذلك سنقوم بتبيان مفهوم الدم وفصائله.

1-احمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، الجزء الأول، عالم الكتب، مصر، الطبعة1،2008، ص 277.

أولا: تعريف الدم:

1-تعريف الدم لغة:

جمع دماء، سائل أحمر يسري في الشرايين والأوردة[1]، وهو: جمع دمى، دمان و دموان، هو سائل حيوي أحمر اللون يسري في الجهاز الدوري للإنسان والحيوان، وينقل العناصر المغذية خلال الجسم بواسطة الأوردة والشرايين، فيقال أراق دمه سفكه، قتله، أهدر دمه، أباح قتله، ويقال جمد الدم في عروقه، خاف، ذعرا و ذهل[2].

2-تعريف الدم اصطلاحا:

عبارة عن نسيج سائل أحمر قاني، يقوم بإمداد جميع خلايا وأنسجة الجسم بالأكسجين والغذاء، فهو يجري داخل الجسم أي الشرايين والأوردة والأوعية الدموية بفضل انقباض عضلة القلب[3].

ثانيا: فصائل الدم.

تنحصر فصائل الدم في أربع مجموعات أساسية هي: A,B,AB,O وذلك تبعا لتواجدها وانتشارها في النسيج الدموي.

وقد اكتشف العالم النمساوي لندشتاينار فصائل الدم في عام 1901 إثر التجارب العديدة التي أجراها على الدم البشري وألقي الضوء على حقيقة منشأ الأخطار العارضة الناتجة عن حقن دم شخص لشخص آخر، واتضحت أسبابها الكامنة في وجود أي محذور في إجراء عملية نقل الدم التي يحتاجها المريض[4].

---

[1]-المعجم الوجيز، مصر، 1993، ص 235.

[2]-احمد مختار عمر، المرجع السابق، ص 772.

[3]-عدنان حسن عزايزة، حجة القرائن في الشريعة الإسلامية (البصمات- القباضة-دلالة الأثر- تحليل الدم)، (رسالة ماجستير)، جامعة الأردن، كلية الشريعة، 1987، ص 193.

[4]-عباس العبيودي، الحجة القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، الدار العلمية الدولية، عمان (الأردن)، الطبعة1 ، 2002، ص 14.

ويلحق بأصناف الدم وتقسيماتها المختلفة تقسيم آخر للدم هو عامل (Rh) إذ يقسم الدم البشري بموجب هذا العامل إلى (Rh^+) موجب و (Rh^-) سالب بناء على وجود أو عدم وجود أجسام خاصة تدعى اللزينات Agglutinogène وهناك طريقة أخرى تعرف بطريقة (لاندشين وليفين) وتقسم فيها الفصائل إلى ثلاثة أنواع هي : MN,N,M[1].

وقد أثبت العلماء بأن الفصيلة الدموية لكل شخص تبقى ثابتة مدى الحياة وهي لاتتبدل بعامل الوقت أو المرض وإنما تنتقل من الوالدين إلى الأطفال تبعا لقانون ماندل الوراثي، ويكون تطبيق قوانين الوراثة على فصائل الدم حسب النظام الآتي:

1- لا يمكن انتقال مولدة التراص ووجودها في كريات دم الأولاد مالم تكن موجودة عند الأبوين على الأقل.
2- عند عدم وجود أحدهما عند الأبوين لا نجد لها أثرا عند الأولاد.
3- عند وجود أحدهما عند الأبوين معا، فإنها توجد عادة عند أغلب الأولاد.
4- يعتبر وجود أحدهما صفة سائدة وتظهر وحدها عند الأفراد المنحدرين من الطبقة الأولى.
5- يعتبر وجود أحداهما صفة متنحية، فلا تظهر عند أفراد الطبقة الأولى وإنها تظهر في ذرية الطبقات المتعاقبة[2].

وعلى هذا يمكن تطبيق هذه القواعد في مختلف حالات وجود فصائل الدم، فإذا عرفت فصيلة دم كل من الأب والأم يمكن معرفة فصيلة دم الابن، وإذا وجدت فصيلة دم الأم فيمكن معرفة فصيلة دم الابن[3].

---

[1]-حسينين المحمدي بوادي، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، منشاة المعارف، مصر، 2005، ص 80.
[2]-عدنان حسن عزايزة، المرجع السابق، ص 197.
[3]-المرجع نفسه، ص 197.

ثالثا: دلالة تحليل الدم في تحديد الأبوة

رغم أهمية هذه الاكتشافات العلمية وأثرها في اختبارات فصائل الدم، إلا أن دلائل هذه الأخيرة اقتصرت على نفي العلاقة البيولوجية بين الآباء والأبناء دون القدرة على إثباتها، ويعود السبب في ذلك إلى الاتفاق الكبير بين البشر بفصائل الدم وفئاته المختلفة.

ولهذا نجد قانون مندل للوراثة ينص على أن رجلا بذاته لا يعني بالضرورة أن يكون والد الطفل ذاته، كما لا يمكن إثبات أن هذا الرجل هو والد ذلك الطفل، ومعنى هذا أن اختلاف فصائل الدم يترك اثرا من الناحية السلبية لا من الناحية الإيجابية، إذ يمكن الاعتماد عليه في نفي البنوة لا في إثباتها لأنه من الجائز أن الأم حملت به من شخص آخر تتفق فصيلة دمه مع فصيلة دم زوجها[1].

[1]-فاطمة الزهراء رابحي، إثبات النسب، (أطروحة دكتوراه)، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2012، ص 135.

واعتمادا على طريقة هوكربيويد إذا كان دم الأم من فصيلة O وكان دم الطفل من نفس الفصيلة لا بد أن يكون دم الوالد Aأو Bأو O فإذا نسبته إلى شخص وبتحليل دمه ظهر أنه

من فصيلة AB فيكون إدعائها باطل، ويمكن تلخيص طريقة هوكربيويد في الجدول[1] التالي:

الفصيلة الأبوية	الفصيلة المحتملة للولد	الفصيلة غير المحتملة للولد
O×O	O	A, B, AB
O×A	O, A	B, AB
O×B	O, B	A, AB
O×AB	A, B	O, AB
A×A	O, A	B, AB
A×B	O, A, B, AB	لا توجد
A×AB	A, B, AB	O
B×B	O, B	A, AB
B×AB	A, B, AB	O
AB×AB	A, B, AB	O

الفرع الثاني: نظام البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب

سنتطرق إلى تعريف البصمة الوراثية و خصائصها و ضوابطها

[1]–فاطمة الزهراء رابحي، المرجع السابق، ص 135–136.

أولا: تعريف البصمة الوراثية

1-تعريف البصمة الوراثية لغة :

تتألف جملة البصمة الوراثية من كلمتين هي البصمة والوراثة لذلك سوف نتعرض إلى المفهوم اللغوي لكل منها:

أ-البصمة:

مؤخوذة من البُصْمُ: فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر (عن أبي مالك ولم يجي به غيره) ابن الاعرابي: يقال ما فارقتك شِبْرًا ولا فِتْرًا ولا عتبًا ولارتبًا ولا بَصْمًا، قال البصم ما بين الخنصر والبنصر[1].

ب-الوراثة:

من مصدر ورث أباه يرثه ورثا ووراثة وارثا ورثة بكسر الكل، وتعني الانتقال والبقاء، وأورثه الشيء أعقبه إياه وتركه له، وورث المال أي صار اليه بعد موت مورثه[2].

2-تعريف البصمة الوراثية اصطلاحا:

في الحقيقة المدلول الاصطلاحي للبصمة هو بعينه المدلول العلمي ولقد تعددت تعاريفها فقيل هي "تعيين هوية الانسان عن طريقتحليل جزء أو أجزاء من حمض الدنأ المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه[3].

فعرفت البصمة الوراثية على أنها‹‹التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثية››[4].

---

[1]-ابن منظور، المرجع السابق، ص 295.

[2]-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الجيل، بيروت (د.ط)، (د.س.ن)، الجزء الأول، ص 182.

[3]-صليحة شرقي، المرجع السابق، ص 41.

[4]-سعد عبد اللاوي، الحجية القانونية للبصمة الوراثية في إثبات أو نفي النسب، (رسالة ماجستير) فرع أحوال شخصية، جامعة الوادي، كلية الحقوق، 2015، ص 13.

وعرفت كذلك بأنها: ‹‹النمط الوراثي المتكون من الثنائيات المتكررة خلال الحمض النووي DNA مدلول الوظيفة، وهذه الثنائيات تعتبر فريدة ومميزة لكل فرد ولم تتماثل في شخصين الا في حالة التوأم المتطابقة››[1].

كما عرف مجلس مجمع الفقه الإسلامي البصمة الوراثية من خلال الندوة التي عقدت بالكويت برعاية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الفترة من 23–25 جمادى الآخر 1419 الموافق لـــ 1998/10/15 البصمة الوراثية بأنها "البنية الجينية (نسبة إلى الجينات أي المورثات) التي تدل على هوية كل فرد بعينه" وأقر المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشر هذا التعريف.

وأضاف بأن البحوث والدراسات تفيد بأنها من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الأب الشرعي، والتحقيق من الشخصية ومعرفة الصفات الوراثية المميزة للشخص، ويمكن أخذها من أي خلية من الدم، أو اللعاب، أو المني، أو البول[2].

إذن هي المادة الوراثية الموجودة في خلايا الكائنات الحية والتي تجعلنا مختلفين، وهو ما يعرف بالحامض النووي. **لكن ما هو الحامض النووي؟**

3- التعريف العلمي للحامض النووي:

يتكون الإنسان من ملايين الخلايا المتراصة بعضها فوق بعض، ولكل خلية نواة تحتوي بـــ 46 كروموسوم. ولنا أن نتصور أن الحمض النووي يشبه عقدا من اللؤلؤ طوله آلاف الأمتار لا يرى بالعين المجردة وهو رقيق مجدول يطوى ويرص ليصبح كرموسوما، لذلك فإن الكرموسوم هو عبارة عن خيط طويل ملتف من الحمض النووي (A.D.N)وكما تتراص حبات اللؤلؤ بالعقد فإن هذا الحمض النووي يحتوي على حبات مصفوفة على طوله اسمها المورثات أو الجينات.[3]

---

[1]–سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص13.

[2]–مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 16، 2003، ص38.

[3]–حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي و النسب، منشورات الحلبي، بيروت (لبنان)، الطبعة 1، 2010، ص 15.

الحمض النووي هو عبارة عن مركب كيميائي معقد دون وزن جزئي لا يمكن للكائن الحي الاستغناء عنه، يعرف بـــ (ADN) وهو الذي يحمل المعلومات الجينية، ويوجد هذا الحمض في أنوية الخلايا للكائنات الحية، لذا يطلق عليه "النووي"، وبشكل هذا الأخير نظاما يحدد خصائص كل فرد باعتبار انه يختلف من شخص إلى شخص آخر[1].

4- التركيب البنائي للحمض النووي:

سمي بالحمض النووي (ADN)[2] نظرا لوجوده وتمركزه بشكل أساسي في نوى خلايا جميع الكائنات الحية بدء من البكتيريا و الفطريات والنباتات والحيوانات إلا الإنسان.

ويوجد الحمض النووي في كل خلية من خلايا جسم الإنسان في موضعين:

الموضع الأول: في نواة الخلية والتي تحتوي بشكل أساسي على الحمض النووي المكتسب من كل من الأب والأم وبذلك فإن كريات الدم الحمراء لا تحتوي عليه.

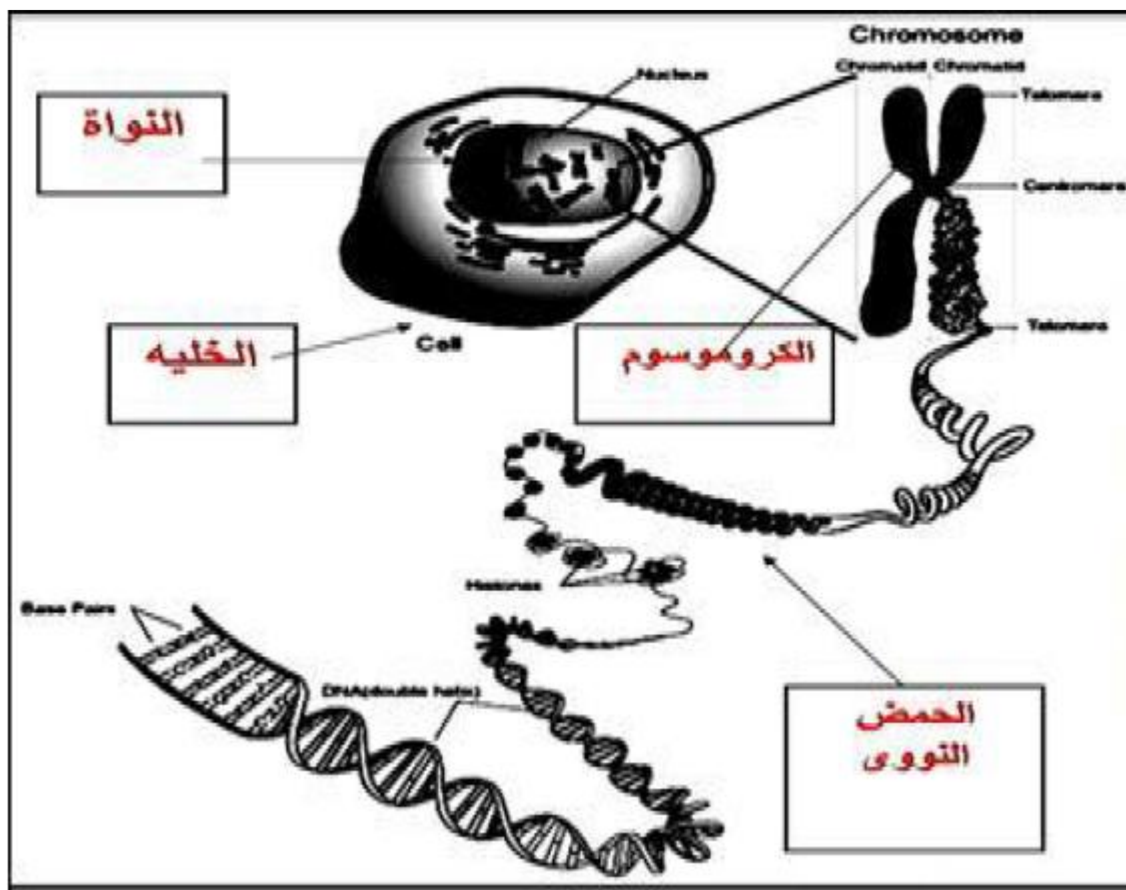
الموضع الثاني: فهو جسيمات الطاقة الموجودة خارج النواة في السيتوبلازم والتي تعرف بالميتوكندريا وتحتوي على هذا الحمض بشكل خاص الأم ويوجد هذا الحمض في صورة كروموسومات[3].

---

[1]–صليحة شرقي، المرجع السابق، ص 42.

[2]–A.D.N: هو اختصار فرنسي للمصطلح Acide désoxyribose nucléique.

[3]–سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص 15–16.



الشكل رقم 01: يبين مكان الكروموسوم والحمض النووي داخل الخلية.

ويتركب جزيء الحمض النووي ADN من وحدات متكررة يترتب معين على شكل سلسلة طويلة جدا تسمى نيوكليوتيدات، وتتكون كل واحدة من هذه النيوكليوتيدات من سكر الرايبون الخماسي منقوص الاكسجين (Deoxyribose-2)، وحامض فوسفوريك، وأربعة قواعد نيتروجينية وتشمل نوعين هما:

1-قواعد البيورين (Purine) (ادنين وجوانين)

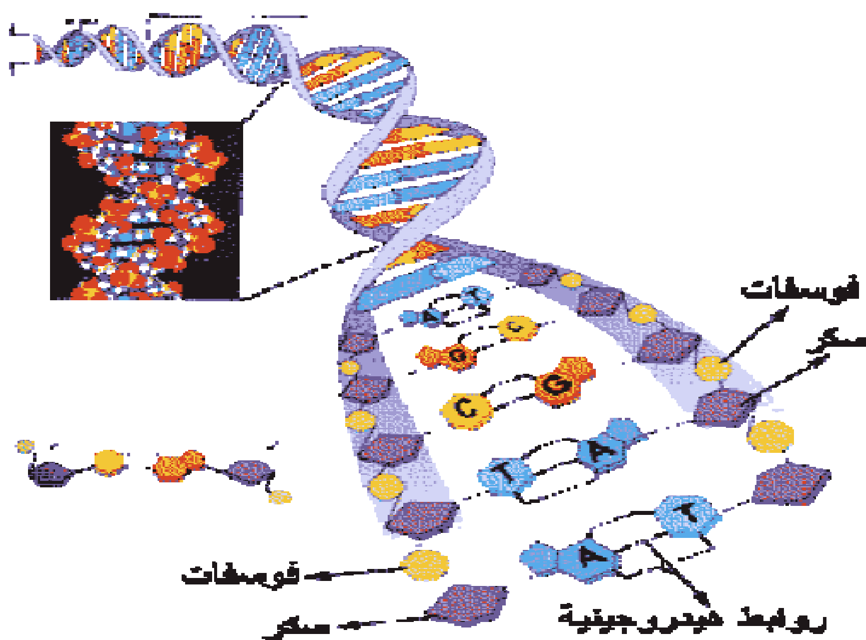
2-قواعد البيريميدين Pyrimidine (سيتوسين، وثايمين ويرمز لهذه القواعد بالرموز التالية: (A.T.C.G)[1].

ومنه فإن الحمض النووي ADN يتكون من شريطين يلتفان حول بعضهما على هيئة سلم حلزوني، ويحتوي الجزء على متتابعات من الفوسفات والسكر ودرجات هذا السلم

---

[1]-سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص 16.

تتكون من ارتباط أربع قواعد كيميائية تحت اسم أدنينA، ثايمينT، ستوزينC، جوانينG، ويتكون هذا الجزء من الإنسان من نحو ثلاثة بلامين ونصف بلبون قاعدة[1].



والشكل رقم 02: التركيب البنائي للحمض النووي ADN

ثانيا: اكتشاف البصمة الوراثية

إظهار المراحل التاريخية لاكتشاف البصمة الوراثية:

في عام 1944 اكتشف العالم "آفري" الــ ADN، ويبين بأنه هو المسؤول عن نقل الصفات الوراثية من الأصول إلى الفروع.

وفي عام 1953 اكتشف العالمان "ويتسون" و "كريك" بنية A.D.N حيث أثبت بأن جزيء الــADN يتكون من جدارين مكونين من التفاف سلسلتين من عديد النيكليويد[2].

وفي بداية الستينات من القرن الماضي أوضح العالمان "نيربرغ"، و "كورانا" أن تتابع الأسس على فصيلة من ADN هو المسؤول عن خصوصية معلومات وسلسلة البروتينات ومن هنا جاءت القاعدة التي تقول (جينية واحدة- بروتين واحد)، وساعدهما هذا الاكتشاف

[1]-حسام الأحمد، المرجع السابق، ص22.

[2]-سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص19.

على إثبات أن الرمز الوراثي أو الشيفرة الوراثية يعمل من خلال كودونات مكونة من ثلاث نيوكليوتيدات متتابعة[1].

ولم تعرف البصمة الوراثية حتى عام 1984 حينما نشر أليك جيفري[2]عالم الوراثة بجامعة "ليستر" بلندن بحثا أوضح فيه أن المادة الوراثية قد تتكرر عدة مرات، وتعيد نفسها في تتابعات عشوائية غير مفهومة، وواصل أبحاثه حتى توصل بعد عام إلى أن هذه المتتابعات مميزة لكل فرد، ولا يمكن أن تتشابه بين اثنين إلا في حالات التوأم المتماثلة فقط، بل إن احتمال تشابه بصمتين وراثيتين بين شخص وآخر هو واحد من أنترليون، مما يجعل التشابه مستحيلا لأن سكان الأرض لا يتعدون المليارات الستة، وسجل الدكتور "آليك" براءة اكتشافه عام 1985، وأطلق على هذه التتابعات اسم "البصمة الوراثية للإنسان The DNA Fingerprint" وعرفت على أنها وسيلة من وسائل التعرف على الشخص عن طريق مقارنة مقاطع (ADN)، وتسمى في بعض الأحيان الطبعة الوراثي[3]ADN.

وهناك من يطلق على البصمة الوراثية اسم محقق الهوية لاغير وهذا المصطلح جاء به إريك لاندر[4].

وفي ديسمبر 1985 تم وصف الطريقة لإجراء البصمة الوراثية تفصيليا بالإضافة إلى إثبات أنه بالإمكان استخدام آثار للدم والنطاف الموجودة على الملابس القطنية بعد مضى أربع سنوات، وتنبأ جيفري لهذه التقنية أن تحدث ثورة في مجال الأشخاص المتهمين بالاغتصاب وغيرهم[5].

وفي نهاية 1987 أنشأ شركة باسم "سل مارك" وتعني علاج الخلية وهي الأولى في تحاليل البصمة الوراثية واعترف بها عالميا .

---

[1]–سعد عبد اللاوي،المرجع السابق، ص19.

[2]–أليك جيفري: من مواليد 09 يناير 1950 في أكسفورد بانجلترا، عالم الوراثة البريطاني الذي طور تقنيات بصمة الحمض النووي والتنمية والتي تستخدم الآن في جميع أنحاء العالم في علم الطب الشرعي لمساعدة عمل الشرطة والمباحث لحل الأبوة.

[3]–حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 26.

[4]–المرجع نفسه، ص13.

[5]–سعد عبد اللاوي، المرجع نفسه، ص 20.

وفي مارس 1994 شرح ألفيك جيفري كيف استطاع مختبره أن يقوم باستنتاج البصمة الوراثية من أثر اللعاب المعلق على طابع بريد.

ويتم الحصول على البصمة من جميع خلايا الجسم البشري لتستخرج منها البصمة الوراثية من الأجزاء التالية: 1- الدم 2- المني 3- جذر الشعر4- اللعاب5- البول 6- العرق 7- اللسان ، أو أي جزء مرئي بالعين المجردة أو غير مرئي يتركه الإنسان من جسده[1].

ثالثا: خصائص البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها.

1-خصائص البصمة الوراثية:

أظهرت البحوث الطبية البيولوجية أن البصمة الوراثية تتمتع بمجموعة من الخصائص والمزايا التي تجعلها متميزة بالمقارنة بالأدلة الأخرى ومن بين أهم هذه الخصائص مايلي:

أ- عدم التوافق والتشابه بين كل فرد وآخر عن تحليل البصمة الوراثية إلا في حالة التوأم المتطابقة، أي التي أصلها بويضة واحدة وحيوان منوي واحد رغم كثرة عدد القواعد النتروجينية في الحمض النووي فإن احتمال تطابق تسلسلها في شخصين غير واردة[2].

ب- البصمة الوراثية موجودة في كل خلايا الجسم ماعدا كريات الدم الحمراء، ولا تتغير ولاتتبدل بمرور العمر، فهي ثابتة إلى حد كبير ومتطابقة في جميع خلايا الجسم[3].

ت- من المميزات والخصائص الهامة كذلك للبصمة الوراثية أن بصمة الحمض النووي تظهر على شكل خطوط عريضة تختلف في السمك والمسافة نتيجة اختلافها من شخص إلى شخص كونها صفة لكل إنسان تميزه عن الآخر وهذه النتيجة سهل قراءتها وحفظها وتخزينها في الحاسوب لحين الحاجة للمقارنة[4].

---

[1]-حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 26-27.

[2]-مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 16، 2003، ص 292.

[3]-فاطمة الزهراء رابحي، المرجع السابق، ص 158.

[4]-ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون، العدد8، 2003، ص 182.

ث-يمكن إجراء فحص جيني على شريحة واسعة من العينات كالشعر والمني والعظام وغيرها، وذلك يعود إلى تطابق الطاقم الوراثي في كل خلايا الجسم، وثباته أيضا أثناء الحياة[1].

ج-دقة نتائجها التي لا تقبل التزوير والاحتمال إذا روعيت الشروط اللازمة والتي تصل إلى 99.99% في دعاوي الإثبات مما يجعلها سيدة الأدلة[2].

2-مجالات الاستفادة من البصمة الوراثية:

يرى المختصون في المجال الطبي وخبراء البصمات أنه يمكن استخدام البصمات الوراثية في مجالات كثيرة، ترجع في مجملها إلى مجالين رئيسيين هما:

أ- المجال الجنائي:

وهو مجال واسع يدخل ضمنه الكشف عن هوية المجرمين في حالة ارتكاب جناية قتل، أو اعتداء، وفي حالات الاختطاف بأنواعها، وفي حالة انتحال شخصيات الآخرين ونحو هذه المجالات الجنائية[3].

ب- مجال النسب:

يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات التالية:

ب-1-حالة التنازع على مجهول النسب لمختلف صور التنازع التي ذكرت سواء كان التنازع على مجهول النسب بسبب انتقاء الأدلة او تساويها أم كان بسبب الاشتراك في دماء الشبهة ونحو الحالات التي يدعى فيها رجلان نسب الولد المجهول النسب[4].

ب-2-حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب[5].

---

[1]-زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص 199.

[2]-المرجع نفسه، ص199.

[3]-مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 15، 2003، ص 36.

[4]-حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 32.

[5]-المرجع نفسه، ص 32.

ب-3-حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، او وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين[1].

رابعا: ضوابط استخدام البصمة الوراثية

إن العمل بالبصمة الوراثية لابد أن يحاط بجملة من الضوابط حتى لا تستعمل كوسيلة للتعدي على حقوق الآخرين وتقسم هذه الضوابط إلى نوعين مهنية وموضوعية:

1- الضوابط المهنية:

أ- أن يكون إجراء تحليل البصمة الوراثية بأمر من القضاء في مختبرات مختصة وموثوق بها لضمان صحة النتائج وحيادها، على أن تؤخذ الاحتياطات اللازمة وسرية المعلومات الطبية، وهو ما أشارت إليه م 2/40ق .أ ويمكن للنيابة العامة أيضا طلب اللجوء إلى هذه التحاليل[2].

ب-أن تكون المختبرات المعدة لهذا النوع من الفحوص الجينية مجهزة بأحدث العتاد، والأجهزة التي تتم بواسطتها الكشف بدقة عن العينات مع ضمان الصيانة المستمرة والرقابة الدورية لها بالإضافة إلى ضرورة متابعة مايجد من الوسائل والتقنيات التي تكشف عنها التكنولوجية يوما بعد يوم لتسهيل العملية[3].

ت- أن يكون جميع القائمين على العمل في المختبرات الخاصة بتحليل البصمة الوراثية سواء كانوا من خبراء البصمة الوراثية أو من المساندين لهم في أعمالهم المخبرية ممن تتوفر فيهم أهلية قبول الشهادة أو في القائف[4]، إضافة إلى معرفته وخبرته في مجال تخصصه الدقيق في المختبر[5].

---

[1]-محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص429.

[2]-العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 398.

[3]-زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص 201.

[4]-القائف: هو الذي يعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه، واختلف الفقهاء في ثبوت النسب بالقيافة فذهب الجمهور إلى ثبوت النسب و الحنفية لم يأخذوا بها، مأخوذة من كتاب حسام الأحمد.

[5]-حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 118-119.

ث-لا يجوز أخذ الجينات لإجراء تحاليل البصمة الوراثية إلا بالقدر الذي يكفي للعملية المقصودة فلا يجوز التلاعب بالجينات للجينوم البشري بالبيع أو الغش أو التجارة[1].

ج-توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءا من نقل العينات إلى أن تظهر النتائج حرصا على سلامة تلك العينات وضمانا لصحة نتائجها مع حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة[2]، وسرية هذه المعلومات.

1- الضوابط الموضوعية:

أ- لا يسمح بإجراء اختبارات الكشف عن هوية الشخص وتعيين نسبته الوراثية إلا لأغراض طبية علاجية بتوجيه من الطبيب المختص المتابع للحالة المرضية للمعالج بعد استنفاذ طرق العلاج المتاحة والمتعارف عليها[3].

ب-لا يجوز استخدام البصمة الوراثية لغرض التأكد من الأنساب الثابتة بالفراش الصحيح و البينة و الإقرار المادة(1/40) ق. أ وكذلك لما قد يترتب عليه من سوء العشرة الزوجية وتفكك العلاقات الأسرية والاجتماعية، وغير ذلك من المفاسد الكثيرة التي يجب دفعها وردها[4].

ت- التماس القبول المسبق الحر والواعي من المعني بالفحوص، وفي حالة عدم أهليته للتعبير عن رضاه ينوب عنه وليه حسب الكيفيات المحددة في القانون، وللقاضي في حالات دعاوى النسب أو التحقيق في القضايا الجنائية أن يأمر بإحالة الأطراف المعنية على اختبارات الكشف الوراثي[5].

ث- ألا تخالف نتائج البصمة الوراثية العقل والحس، كأن تثبت نسب المولود إلى الزوج السجين أو الزوج أسير بعيد عن أهله من سنين[6]

---

[1]-العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 399.

[2]-حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 119.

[3]-زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص 203.

[4]-العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 400.

[5]-زبيدة إقروفة، المرجع نفسه، ص 203.

[6]-المرجع نفسه، ص 203.

المطلب الثاني: عوائق تطبيق الطرق العلمية في إثبات النسب

إن تعاون الخصوم على إظهار الحقيقة، لن يحدث في غالب الأحيان إن لم يكن بطريقة تلقائية، ولذا فإنه من المتوقع أن يثير الخصم بعض العقبات التي يحاول من خلالها الإفلات من الحضور لاختبارات الوراثة ولاسيما عندما يكون سيء النية[1].

وسنتناول هذا المطلب وفق فرعين أحدهما العوائق القانونية و الآخر العوائق المادية.

الفرع الأول: العوائق القانونية

يمكن تلخيص العراقيل القانونية في مايلي:

أولا- عدم المساس بمبدأ حرمة الجسد:

لا شك أن مبدأ السلامة الجسدية يمثل إحدى القيم العليا لأي مجتمع متحضر، وإن إجبار الشخص على الخضوع لمثل هذه الاختبارات يمثل نوعا من الاعتداء على هذا المبدأ، إذ لابد من الحصول على موافقة من يخضع لهذه الخبرة الطبية[2]، استناداإلى الحق في السلامة الجسدية طبقا للمادة 1/161 وما عليها من القانون رقم 5/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[3].

إلاأنه بمفهوم المخالفة لا يجب أن يتضمن رفض الخضوع لهذا الفحص باسم مبدأ حرمة الجسد تعديا شديدا على حقوق لا تقل أهميته عنه.

فالنسب ذا أهمية بالغة يستمدها من ثلاث أوجه، فهو حق مشترك بين الله تعالى وبين الأم والأب والولد، فهو يعد حقا لله تعالى لأنهيتصل بحرمات أوجب الله رعايتها وهذه الأخيرة لن

---

[1]-محمد محمد أبوزيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، العدد 1، 1997، ص 286- 287.

[2]-العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 403.

[3]-القانون رقم 5/85 المؤرخ في 1985/2/16، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02/98 المؤرخ في 1998/08/19 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الصادرة بالجريدة الرسمية ع 8، حيث تنص م 161، 1 على " لا يجوز انتزاع أعضاء الانسان ولازرع الانسجة أو الاجهزةالبشرية الا لأغراض علاجية او شخصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

تأتي إلا بالمحافظة على الأنساب، أما وجه كونه يعد حقا للام فإن نسب الولد لأبيه يدفع عنها تهمة ارتكاب الفاحشة والعار عنها[1].

وكونه حق للأب هذا لأنه يتمثل في ثبوت ولايته وحق ضمه إليه عند انتهاء حضانة الأم له، إضافة إلى حق إرثه إذا مات الولد قبله والحق في إنفاق الولد عليه إذا كان محتاجا والابن قادر أما آخر وجه فهو حق الولد في النسب الذي يدفع العار عنه[2].

إن كل هذا يؤكد على ضرورة حماية الأنساب وإيجاد أدنى الحلول التي يمكن أن تحدد لنا هوية مجهولي النسب، الأمر الذي يستدعي اللجوء إلى الطرق العلمية، وبالتالي وجود ضمانات كفيلة في إثبات النسب وهو ما شدد عليه المشرع الجزائري لتفعيل دور هذه الطرق فيما يخص انتهاك السلامة الجسدية[3].

أخلاقيات الطب[4]، قد ورد بصيغة الأمر على الطبيب المكلف بالخبرة الذي يعينه القاضي أو أي سلطة أو هيئة أخرى إحضار الشخص المعني بمهمته قبل مباشرته لها.

والواقع أن للأطراف مطلق الحرية في رفض الخضوع للفحص أو الطعن في نتيجة التقرير ذاتها بالتزوير أو الخطأ بطلب خبرة مضادة[5].

ثانيا- عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه:

تقوم قاعدة عدم إجبار الخصم على تقديم دليل تحت يده يستفيد منه خصمه، على أساس تصور معين للخصومة، وهو أنها معركة يدافع فيها كل خصم عن مصالحه دون أن ينتظر معاونة الآخر بتقديم ما يكون تحت يده من أدلة تفيد في إدعاءاته، ومن هنا جاء وصف موقف أحد الأطراف بالسلبية، فالطرف الواقع عليه عبء الإثبات يخسر الدعوى

[1]-محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 302.

[2]-المرجع نفسه، ص 303.

[3]-تنص المادة 35 من الدستور 1996 "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى مايمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية.

[4]-المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق لـــ 6 يوليو 1992 يتضمن مدونة اخلاقيات الطب الصادرة بالجريدة الرسمية، ع 52 بتاريخ 1992/7/8.

[5]-زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص 264.

إذاماعجزعن تقديم الدليل الذي يؤكد ادعاءاته، في حين يكسبها الطرف الآخر ذو الموقف السلبي، حتى و لو كانت الشكوك تحيط سلامة موقفه[1].

ويتماشى هذا التصور مع اعتناق مبدأ حياد القاضي، ذلك المبدأ الذي يجعل موقف القاضي سلبيا هو الآخر، فلا إلزام عليه بتكليف الخصوم تقديم الدليل على دفاعهم، أو لفت نظرهم إلى مقتضيات هذا الدفاع، فهو يتلقى أدلة الإثبات والنفي كما يقدمها أصحاب الخصومة وفقا للإجراءات التي يعينها القانون، دون تدخل من جانبه، وإذاحكم بناء عليه، فإنه يلتزم بقوة كل دليل كما حدده القانون، لهذا فإن الأخذ بالبصمة الوراثية يعتبر انتهاكا لهذا المبدأ، إذا أنها تقوم على إجبار الشخص المعني على أخذ أنسجة وخلايا من جسمه لإثباتالأبوة أو نفيها، والذي يعد إجبارا للشخص على تقديم دليل ضد نفسه، الأمر الذي يجعله باطلا إجرائيا[2].

وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي كان قد أخذ فيما سبق موقفا أكثر صرامة من غيره، فقد جاءت المادة 10 من القانون المدني والمعدلة بالقانون الصادر في 05 يوليو 1972 تكرس مبدأ عام بمقتضاه يخول القاضي سلطة تقديرية في إجبار الخصوم والغير عن طريق الغرامة التهديدية لتقدير مالديهم من مستندات[3].

ثالثا- حرمة الحياة الخاصة:

لكل فرد منا حياته، فلا يجوز مساسها بأي شكل، كما أن المشرع الجزائري، اعتبر حرمة الحياة حق دستوري وذلك استناداإلى المادة 34 من دستور 1996[4].

فهذه المادة تشكل إحدى أهم العقبات الأساسية أمام تطبيق الطرق العلمية في مجال النسب، وخصوصا فحص الحامض النووي، فهي تفتح الباب للبحث عن الخصائص الوراثية من خلال النمو الوراثي الذي يتميز به كل شخص، ما قد يمد الغير بمعلومات خاصة بالزوج

---

[1]-سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص 166.

[2]-المرجع نفسه، ص 166.

[3]-محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 299-300.

[4]-تنص المادة 34 من الدستور 1990 "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان وبجواز أي عنف بدني أو معنوي و أي مساس بالكرامة.

والزوجة، وهي التي كانت ذات طابع شخص خاص، وحماية هذه المعلومات الوراثية حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية ولها حماية قانونية من خلال المبدأ العام المتعلق بالحق في الحياة الخاصة، وعدم إفشاء السر المهني حسب المادة 37 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الأب[1].

ومنه حتى تعتبر الطرق العلمية وسيلة فعالة في الإثبات لا بد أن تخضع لضمانات قانونية إلا أن هذه الضمانات إن وجدت فإنها لا تكفي لوجود عقبات أخرى.

الفرع الثاني: العوائق المادية

إن المشاكل والصعوبات المادية لا تقل أهمية عن العوائق القانونية التي سبق ذكرها، وتتمثل أهم هذه العوائق في:

أولا- قلة المخابر العلمية المتخصصة:

إن أهم ما يقف عائقا أمام الأخذ بطرق التحليل البيولوجي في العالم العربي، عموما وفي الجزائر خصوصا هو قلة المخابر العلمية المتخصصة، إذ يتطلب الأمر تجهيز مخابر خاصة على مستوى جيد بأحدث المعدات والآلات وهذا يحتاج إلى إمكانيات ضخمة بالاعتماد على مخابر عالية الجودة من جهة، وعلى تقنيين وباحثين وخبراء مختصين في علم البيولوجيا والوراثة من جهة أخرى، والمعمل الوحيد المرخص له بالجزائر هو المختبر المركزي للشرطة العلمية الكائن بـــبن عكنون الذي أنشئ سنة 2004 وبدأ سريان العمل فيه سنة 2006، وقد تفرع عنه مختبران جهويان أحدهما بوهران والآخر بقسنطينة، وكلها مصالح ملحقة بنيابة مديرية الشرطة العلمية والنفسية التابعة لمديرية الشرطة القضائية، وتتمثل مهمة هذه المختبرات في تقديم المعلومات التي تحتاج إليها مصالح الأمن والعدالة ويتشكل مستخدميها من موظفي الشرطة والأعوان المدنيين من مختلف التخصصات[2].

---

[1]–صليحة شرقي، المرجع السابق، ص 49.

[2]–سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص 167–168.

إلا أن اعتماد بلادنا على مخبر علمي واحد مقارنة باستحداث الطرق العلمية لا يكفي لتغطية التحاليل الجينية على المستوى الوطني، مما يقف عائقا ماديا يحول دون اللجوء إلى البصمة الوراثية.

ثانيا- مسألة مصاريف الخبرة:

إذا كان اللجوء إلى الطرق العلمية يرتكز في الأساس على ضرورة توافر آليات وهياكل مادية ضخمة للوصول إلى نتائج فعالة، فإن ذلك يتطلب بالمقابل مصاريف باهظة تفتقر إلى آليات قانونية يتم بموجبها تحميل الخزينة العامة أعبائها وبالتالي يتحملها أطراف الدعوى، ونظرا للمستوى المعيشي للمواطن الجزائري فإن مجال لجوء المواطن إلى هذه الخبرة يبقى ضيقا جدا[1].

رغم كل هذه العوائق التي تقف أمام تطبيق البصمة الوراثية واستخدام التحاليل البيولوجية، إلا أنه لا يمكن استبعاد اللجوء إليها وذلك نظرا لما تلعبه من دور في إثبات النسب ومعرفة حقيقة بنوة طفل وكذلك دقة نتائجها.

المطلب الثالث: مرتبة البصمة الوراثية بين طرق إثبات النسب

اختلف الفقهاء في تحديد مرتبة الوسائل العلمية (البصمة الوراثية) بين طرق إثبات النسب التقليدية ونتج عن ذلك ظهور فريقين :

الفريق الأول : يجعل مرتبتها تأتي بعد الإقرار.

الفريق الثاني: يجعل البصمة الوراثية طريقا تكميليا للطرق المثبتة للنسب وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب وفق فرعين اثنين:

---

[1]-سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص 168.

الفرع الأول: مذهب القائلين بتقديم الأدلة التقليدية:

أولا: موقف القائلين بتقديم الأدلة التقليدية

ويمثل هذا المذهب أغلب الفقهاء المعاصرين[1]، إذ يرون أنه لا يمكن تقديم الأدلة العلمية على أدلة إثبات النسب المعهودة على ترتيبها الأصلي، إقرار وبنية مع وجوب توافر الزوجية، حيث لا يعهد إلى غيرها كالبصمة الوراثية أو تحليل فصائل الدم، إلا إذا انعدمت الأدلة أو حالة وقوع التعارض فيما بينها، فأما إذا وجدت إحداهما فلا تقوى الطرق العلمية وحتى القطعية على تصحيحها لأن هذه الطرق أقوى في تقدير الشرع[2].

ثانيا: حجج القائلين بتقديم الأدلة التقليدية.

لهذا المذهب حجج عديدة نذكر من:

الأدلة الشرعية المثبتة للنسب ورد العمل بها نصا وإجماعا، والقول بتقديم البصمة عليها إبطال النصوص الشرعية ومخالفة لإجماع الأمة، واستخدامها بإطلاق يؤدي إلى مزاحمتها لوسائل منصوص عليها شرعا[3].

إذا اعتمدنا الفحوص الجينية في إثبات النسب والقول بمشروعيتها، فهو قياس على القيافة فتنزل إلى منزلتها، ولا تتقدم على الأدلة الأخرى، كما أن الشرع حصر دليل النسب في الفراش، وغاية القيافة إثبات المخلوقية من الفراش، فلا يكون حجة ترقي بذلك عن باقي الأدلة[4].

القول بالأخذ بنتائج الفحوصات الوراثية إذا عارضت الفراش أو الشهادة أو الاستلحاق أمر مخالف لبعض مقاصد الشرع كالتشوق لاتصال الأنساب واستقرار الأسر والمعاملات

---

[1]–من المعاصرين: محمد سليمان الأشقر، وهبة الزحيلي، ناصر عبد الله الميمان، وهو كذلك ما أسفرت عنه الحلقة النقاشية لندوى مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة، بالكويت في الفترة 28–1421/01/29 هـ /2000.

[2]–صليحة شرقي، المرجع السابق، ص 61–62.

[3]–زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص 266.

[4]–صليحة شرقي، المرجع نفسه، ص 62.

حيث سيؤدي العمل بها إلى ضياع وإبطال العديد من الأنساب كانت تثبت بالأدلة التقليدية لولا تدخل البصمة[1].

يتضح مما سبق، أنه رغم مادافع به أنصار هذا الاتجاه من أدلة، فإن هذه الأخيرة لا ترقى إلى درجة اليقين، وتبقى قيمتها نسبية في الثبوت الشرعي للنسب، ومن هذا المنطلق نفى أنصار المذهب المخالف هذا الموقف.

الفرع الثاني: مذهب القائلين بتقديم الأدلة العلمية.

أولا: موقف القائلين بتقديم الأدلة العلمية

يرى أصحابه وهم ثلة[2] من أهل العلم المعاصرين أن البصمة الوراثية يصح أن تكون أولى بالإعمال من أدلة إثبات النسب التقليدية إذا تعارضت نتائجها مع فراش الزوجية أو الشهادة أو الإقرار بأنواعه، وهي بذلك ليست دليلا مستقلا بذاتها تتقدم على تلك الأدلة الشرعية وإنما هي بمثابة شرط حسي لصحة الأخذ بتلك الأدلة من جهة، ومن جهة أخرى تعد مانعا شرعيا من قبول تلك الأدلة الظنية إذا تعارضت معها، فهي تدعم دلالة تلك الوسائل الظنية، وترفعها إلى مقام اليقين[3].

ثالثا: حجج القائلين بتقديم الأدلة العلمية

ومن بين حججهم نذكر:

ورد في ندوة الكويت حول "الوراثة والهندسة الوراثية، والجينوم البشري والعلاج الجيني–رؤية إسلامية– في إحدى توصياتها:

---

[1]–زبيدة إقروفة، المرجع نفسه، ص 267.

[2]–ثلة: يقصد بها فئة قليلة من المعاصرين.

[3]–زبيدة إقروفة، المرجع نفسه، ص 267–268.

البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية ولاسيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقي إلى مستوى القرائن القطيعة، والتي يأخذ بها هذا الموقف[1].

الأدلة التقليدية مبنية على الظن الغالب إذ كلها لا تفيد القطع في إثبات النسب، فالشهود معرضون للنسيان، والإقرار قد يكون على خلاف الحقيقة والواقع، فهي في الواقع أدلة يطرأ إليها النسيان والخطأ وإضافة إلى التزوير، لهذا فإذا ما تعارضت نتائج إحدى الطرق العلمية مع البنية على سبيل المثال، تم بناء الحكم على نتائجها التي لا تقبل الكذب ولا الرجوع فيها، على عكس أقوال الشهود الذين يشهدون بما لا يعلمون، وقد يكون علمهم بالشيء غير صحيح فالإنسان معرض للنسيان[2].

إن احتمال التزوير والخطأ غير وارد في بعض الطرق العلمية، وان وجد فيكون ضئيل جدا يكاد يكون منعدم الوقوع للظروف العلمية التي تجري فيها الفحوصات[3].

وبناء على ما سبق ذكره يظهر لي أن الرأي الثاني أولى بالإعمال من الأول، استنادا لقوة أدلتهم وموافقتها لروح ومقاصد الشريعة الإسلامية ونصوصها التي تدعوا إلى إعمال الفكر واستنباط علل الأحكام، كما أن الملاحظ على الوسائل الشرعية لإثبات النسب المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري أنها تمثل درجة واحدة من القوة، غير أنه قد تطرأ حالات يتعذر فيها كشف حقيقة النسب بهذه الوسائل مما يحكم على اللجوء إلىإحدى هذه الأدلة العلمية، وهذا ما يأخذ به المشرع الجزائري، ويتضح من خلال هذا إن العمل بإحدى الطرق العلمية في إثبات النسب، لا يعد إبطالا ولا إلغاءا للأحكام الشرعية (التقليدية) الثابتة[4].

---

[1]–ندوة الكويت المنعقدة بتاريخ 23–25 جمادى الأخير 13–15 أكتوبر 1998 مذكور من طرف زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص 288.

[2]–صليحة شرقي، المرجع السابق، ص 64.

[3]–المرجع نفسه، ص 64.

[4]–المرجع نفسه، ص 65.

المبحث الثاني: دور البصمة الوراثية في إثبات النسب وسلطة القاضي في اللجوء إليها

لم تتطرق معظم التشريعات المقارنة إلى تنظيم إثبات النسب بالبصمة الوراثية بشكل صريح، فمن التشريعات من نص صراحة على الأخذ بها، ومن التشريعات من سكت، كما أن موقف القضاء جاء منقسم بين الأخذ بها و بين الرفض.

وعليه سنتطرق إلى دور البصمة الوراثية في بعض التشريعات المقارنة في المطلب الأول ونتناول في المطلب الثاني موقف القضاء من الأخذ بالبصمة الوراثية في إثبات النسب.

المطلب الأول: موقف بعض التشريعات المقارنة من إثبات النسب بالطرق العلمية

قسمت هذا المطلب إلى أربعة فروع خصصتها إلى الذكر ببعض التشريعات العربية وهي (التشريع التونسي، المغربي، الفرنسي، الجزائري).

الفرع الأول: موقف التشريع التونسي من إثبات النسب بالطرق العلمية

فيما يخص تونس فقد استطاعت الأخذ بالبصمة الوراثية في إثبات النسب، لأنها أخرجت قانونها من متاهات قوانين الأحوال الشخصية إلى أمان قانون الأسرة، ويعمد على احتياجات الناس الفعلية في حياتهم، وليس على تصورات سابقة لظروف لم تعد قائمة، دون أن يغفل أفضل ما توصلت إليه الإنسانية في تشريعها القانون سابقا و راهنا[1].

لذا نجد أن المشرع التونسي عد الفحوص الجينية وسيلة يعتد بها لدى المحاكم التونسية، ليس فقط في إثبات الأنساب بل ذهب إلى أبعد من ذلك وهو إثبات الأنساب الطبيعية الناتجة عن علاقات غير شرعية، كما هو شأنه في مسائل الأحوال الشخصية[2].

وإذا ما اعتبرنا الطفل الطبيعي أو مجهول النسب، أصبح بالإمكان وبموجب هذا النص إلحاق نسبه بأبيه الزاني، إما بالبنية أو بالإقرار، وإما من خلال اختبارات البصمة

---

[1]- حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 100.

[2]- سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص 111.

الوراثية أو التحليل الجيني، وعلى هذا فإن النسب الطبيعي يمكن إتيانه من الأب البيولوجي، وإن تعذر ذلك فعلى الأم أن تمنح الطفل اسما ولقبها العائلي[1].

وإذا ثبتت بنوته بإحدى الطرق السالفة فإن مجهول النسب يتمتع بما يتمتع به الابن الشرعي من حق النفقة والحضانة والولاية، بالإضافة إلى تطبيق القواعد الخاصة بموانع الزواج حسب الكيفيات المنصوص عليها في مجلة الأحوال الشخصية[2].

وإيمانا من المشرع التونسي بضرورة إيجاد حل لمجهولي النسب والمشردين والأبناء الطبيعيين، فقد أقر ولأول مرة إثبات نسبهم من آبائهم البيولوجيين بالبصمات الوراثية أو بموجب التحليل الجيني، خاصة في ظل انعدام البينة والإقرار بل يجوز اللجوء إلى الاختبارات الجينية قبل البينة والإقرار إذ أن وجود تلك الاختبارات في مرتبة ثالثة لا يفيد في شيء تنزيلها تلك المرتبة[3].

ويلاحظ من خلال ما سبق ذكره أن المشرع التونسي قد أخذ بالبصمة الوراثية في إثبات النسب وحدد نطاق استعمالها بأن يتم أمام القضاء وأجاز استعمال التحليل الجيني في النسب الطبيعي إضافة إلى النسب الشرعي[4].

الفرع الثاني:موقف التشريع المغربي من إثبات النسب بالطرق العلمية

لقد أقرت مدونة الأسرة المغربية إمكانية اللجوء إلى البصمة الوراثية أو كما أسمتها الخبرة القضائية في إثبات النسب، فنصت على ذلك المادة 158 بقولها " يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع، أو بكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية[5]."و قد سار على شاكلة المشرع الفرنسي.

---

[1]-سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص112.

[2]-زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص 291-292.

[3]- سعد عبد اللاوي، المرجع نفسه، ص112.

[4]-المرجع نفسه، ص112.

[5]-قانون رقم 03-70 المؤرخ في 19 نوفمبر 2005، المتضمن مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية للمملكة الغربية، العدد 5184، الصادرة بتاريخ 2004/02/05.

الفرع الثالث:موقف التشريع الفرنسي من إثبات النسب بالطرق العلمية

المشرع الفرنسي اعتمد بشكل رسمي على أن تجري الخبرة على البصمة الوراثية للإنسان في المعامل المعتمدة و المختصة رسميا.

والحقيقة أن القانون الفرنسي يجيز الاستعانة بالبصمة الوراثية في حالات منها: حالات مجهولي النسب و المفقودين بسبب الكوارث، لكن بشروط عديدة نذكر منها :

الشرط الأول: صدور الأمر بذلك من جهة قضائية.

الشرط الثاني: إذا تم القيام بها لأغراض طبية أو علمية[1].

وقد حددت المادة 16 من القانون المدني الفرنسي أنه في المواد المدنية لا يجوز القيام بالبصمة الوراثية إلا بناء على أمر من القاضي وذلك من خلال دعوى تتعلق بإثبات النسب أو بالنفقة.

وقد عنيت المادة 16 من القانون المدني الفرنسي بعد نصها على تلك الحالات التي يجوز فيها الاستعانة بالبصمة الوراثية على أنه يلزم في كل الحالات الحصول على رضاء صاحب الشأن للقيام بالبصمة الوراثية في مواجهته، سواء كان ذلك في إطار إثبات النسب أو في حالة البصمة الوراثية لأغراض طبية أو علمية، أنه في حالة دعوى إثبات النسب، يلزم أن يكون الرضا صريحا، فتقضى القاعدة العامة أنه في حالة رضاء صاحب الشأن بالبصمة الوراثية لا تثار مشكلة قانونية لذا قضى بجواز إجراء تلك البصمة على أفراد قرية بأكملها وقعت فيها جريمة قتل مادام أفراد القرية كلها قد وافقوا على ذلك[2].

ففي قضية عرضت على محكمة استئناف باريس تدور حول موضوع تنازع النسب، تتلخص وقائعها في أن سيدة متزوجة أنجبت طفلا وألحق نسبه لزوجها ثم طلقت وتزوجت بآخر، وبعدها رفعت دعوى تطلب فيها نفي نسب الطفل من مطلقها وثبوته من زوجها الثاني، فقضت محكمة الاستئناف في 11 ديسمبر 1975 بتكليف خبير حددت مهمته بإجراء

---

[1]-إيناس هاشم رشيد، تحليل البصمة الوراثية ومدى حجيتها القانونية في مسائل الإثبات القانوني (دراسة مقارنة)، مجلة رسالة الحقوق، العدد 2، 2012، ص224.

[2]-المرجع نفسه، ص224.

اختبارات الوراثة بالنسبة للأطراف المعنية (الأم، الطفل، المطلق، الزوج الثاني) بغرض توضيح أي من الزوجين يعد مستبعدا ولا يعزى إليه نسب الطفل، وأيهما لا يعد مستبعدا ويمكن اعتباره الأب، وفي حالة عدم الاستبعاد على الخبير أن يوضح درجة احتمال الأبوة، وقد أودع الخبير في 1976/03/03 تقريره الذي يفيد استبعاد الزوج الأول واعتبار الزوج الثاني هو الأب الحقيقي للطفل على وجه يقترب من اليقين، حيث قدر نسبة احتمالات الأبوة بدرجة تصل إلى 999.84 من الألف، واستنادا إلى هذا التقرير قضت المحكمة في 1976/12/16 بلزوم ثبوت نسب الطفل إلى الزوج الثاني[1].

وتسري نفس القاعدة على المتوفى، حيث يلزم أن يكون قد عبر عن إرادته موافقا على إجراء البصمة الوراثية له، فإن كان قد ارتضى أن يتم رفع عينة منه بعد وفاته لتحليل بصمته الوراثية فإن المحكمة لا تجدما يبرر رفض الالتجاءإلى البصمة الوراثية، وإلى ذلك اتجهت أحكام القضاء الفرنسي، غير أن أحكام القضاء الفرنسي تفترض رضاء المتوفى بالبصمة الوراثية في بعض الحالات، إذا لم يكن قد عبر عن رفض ولا عن قبول من جانبه بالخضوع إلىتلك البصمة حال حياته، من حالات افتراض الرضاء ألا يعارض الورثة في إجراء تلك البصمة وكان ذلك ضروريا للوصول إلى اليقين في الدعوى، كما افترض القضاء رضاء المتوفىإذا لم يكن من المتصور أن يعرض عليه أمر تلك البصمة بخصوص النسب، كما لو حدثت الوفاة في أثناء حمل المرأة التي تدعى بنسبة ما تحمله إلى ذلك المتوفى[2].

الفرع الرابع: موقف التشريع الجزائري من إثبات النسب بالطرق العلمية

أضاف المشرع الجزائري فقرة ثانية جديدة إلى أحكام المادة 40 بموجب الأمر رقم05-02 المتضمن تعديل قانون الأسرة، وتنص على مايلي‹‹**يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب**››.

---

[1]-توفيق سلطاني، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، (رسالة ماجستير)، جامعة باتنة، كلية الحقوق، 2011، ص 99.

[2]-إيناس هاشم رشيد، المرجع السابق، ص 225.

وهذه الإضافة تدل على أن المشرع الجزائري أقر إمكانية اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب تماشيا مع التطورات العلمية الحديثة في مجال العلوم الطبية والعلوم المتصلة بها للاستفادة من الاكتشافات العلمية في هذا المجال[1].

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 40، اعتبر البصمة الوراثية طريقة علمية قاطعة في إثبات النسب تتميز عن تحليل الدم الذي يعد طريقا لنفي النسب لا لإثباته، بدليل مضمون عرض أسباب التعديل حيث جاء في المشروع التمهيدي بأنه " مواكبة للنتائج المتطورة التي حققها البحث الطبي في علم الجينات، والذي تمكن من وضع تحليلات علمية دقيقة تثبت بصفة جلية العلاقة البيولوجية بين المولود وأبيه وأمه أصبح مفيدا وضروريا إدراج هذه المفاهيم الحديثة في القانون لمد القضاة، وهم يطبقون قواعد وعناصر البيئة في إثبات النسب بوسائل علمية تمتاز بالدقة والمصداقية"[2].

وعند قراءة المادة 40 من ق.أ.ج يفهم من خلال لفظ "يثبت" الوارد في تعبير المشرع أن النسب يثبت بالزواج الصحيح .....أو بالإقرار......أو البينة، فإذا تحقق طريق من هذه الطرق فالنسب يثبت، وليس للقاضي سلطة تقديرية في ذلك وعلى العكس فإن الفقرة الموالية من ذات المادة يفهم من استخدام عبارة "يجوز للقاضي" اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، أن الأمر جوازي يمكن الأخذ به كما يمكن عدم الأخذ به، وواضح من هذه المادة أن المشرع منح الأسبقية للطرق الشرعية على الطرق العلمية، وترك السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب.

المطلب الثاني: موقف القضاء من إثبات النسب بالطرق العلمية

قصد المقارنة ولو بشكل مبسط سيتم التطرق في هذا المطلب إلى موقع البصمة الوراثية في كل من القضاء (المغربي، الجزائري).

---

[1]–فاطمة الزهراء رابحي، المرجع السابق، ص 97.

[2]–مفيدة ميدون، المرجع السابق، ص 57–58.

الفرع الأول: موقف القضاء المغربي من إثبات النسب بالطرق العلمية

إذا كانت مدونة الأسرة لم تنص صراحة على الخبرة الطبية المعتمدة على البصمة الوراثية، فإن القضاء المغربي، من خلال اجتهاداته كرس هذا الأمر بوضوح، كما هو ظاهر من عدة اجتهادات، ويظهر ها التوجه القضائي في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 2005/11/28، والذي ورد في إحدى حيثياته: " وحيث أنه طبقا للمادة 158 من مدونة الأسرة يثبت النسب بكل الوسائل المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية، وحيث قررت المحكمة إجراء خبرة طبية للتأكد من تطابق جينات المستأنف وجينات الولد (ن)، وأفادت الخبرة بأنه بعد إجراء خبرة لتحديد العلاقة البيولوجية ما بين الولد المذكور ابن (س.ق)، والمسمى (م.و) وبعد أخذ عينة من لعاب كل الأشخاص المذكورين لها بنوة الطفل (ز) للمسمى (م.و)[1]".

الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من إثبات النسب بالطرق العلمية

إن العمل بالخبرة الطبية والاعتماد على نتائجها في الكثير من مسائل الأحوال الشخصية أمر معهود في الميدان القضائي، من ذلك تقديم وثيقة طبية من راغبى الزواج حين إبرام العقد تثبت خلوهما من الأمراض أو العوامل الوراثية التي تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ومنها استعانة القاضي بالخبرة الطبية قبل الحكم بالحجر وفقا للمادة (103 ق.أ)[2]، التي تنص على مايلي:‹‹يجب أن يكون الحجر بحكم و للقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إ ثبات أسباب الحجر››.

وبالرغم من القبول والارتياح الكبيرين اللذين لاقاهما إدخال المشرع الجزائري لتقنية البصمة الوراثية كأسلوب علمي وفني في إثبات النسب لدى رجال القانون والقضاء ولدى العامة، إلا أن انطلاق العمل به فعليا قد عرف بعض التأخير بسبب نقص الكفاءات والإطارات العلمية في المعمل الجنائي بالعاصمة الذي تم فتحه سنة 2004 وبدأ إجراء هذا النوع من الخبرة في سنة 2006، وابتداءمن هذه السنة شرع المخبر في استقبال عدد من القضايا في شتى المنازعات تم فيها الأمر بإجراء التحاليل البيولوجية لتحديد الطبعة الوراثية

---

[1]-سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص 119-120.

[2]-زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص250.

لأطراف الخصومة بغرض تأكد رابطة البنوة أو نفيها بين الخصوم والفرع المتنازع عليه، والمؤكد أن حجم دعاوي طلب التعرف على النسب في تزايد مستمر، وإن دل هذا على شيء إنما يدل على فعالية تقنية تحديد البصمة الوراثية في فض مثل هذه المنازعات باعتبار نتائجها قريبة من اليقين إذا ما روعيت شروط حفظ العينات خلال كل مراحل الفحص[1].

ومن بين القضايا المعروضة أمام المحكمة العليا ما يأتي: قضية (ع.ح) ضد (ش.ع)

نفي النسب- مدة الحمل تتجاوز ستة أشهر- عدم نفي النسب في المدة المحددة شرعا باللعان- التمسك بالشهادة الطبية الحكم بإثبات الزواج ونفي النسب- خطأ في تطبيق القانون (م 41، 42، ق.أ.ج).

من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام.

-ومتى تبين_ في قضية الحال _ أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به وخلال المدة المحددة شرعا وتمسك بالشهادة الطبية التي تعتبر دليلا قاطعا، ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة أشهر على البناء.

وأن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد بأبيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 ق.أ. و أخطأوا في تطبيق المادتين 41 و42 من ق.أ فيما يخص إلحاق النسب.

حيث أن دعوى المطعون ضده من أنه قد كشف شهادة طبية مؤرخة في 29 أكتوبر 1988 صادرة عن الدكتور نقاز من أن الطاعنة قد كانت حاملا منذ شهرين مع أن الشهادة لا تعتبر دليلا قاطعا في صحتها ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه

وفي قرار آخر بتاريخ 1999/06/15 جاء فيه " حيث أن القرار المنتقد القاضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد نسب

[1]-سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص 120.

الولدين بأن ينسبا للطاعن أم لا، حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع فدل ذلك على أنهم تجاوزوا سلطتهم الحاكمية إلى التشريعية الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس"[1].

ومحل الشاهد في هذه القضية هو رفض المحكمة العليا الأخذ بالشهادة الطبية في القضية الأولى، وبالدليل العلمي وهو تحليل الدم لإثبات النسب في القضية الثانية، وتعليل ذلك أن طرق إثبات النسب في قانون الأسرة وارد على سبيل الحصر في م 40، وهي بذاتها نفس الطرق الشرعية التي نص عليها فقهاء الشريعة الإسلامية وهي الزواج والإقرار والبنية وليس من بينها الخبرة الطبية ولا شهادة الطبيب[2].

ومن بين قضايا النسب التي استعملت فيها البصمة الوراثية بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري، قرار المحكمة العليا رقم 355180 بتاريخ 2006/03/05 والذي جاء فيه: "حيث بالإطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنى الحكم المستأنف تبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص.م) للمطعون ضده باعتباره أب له، كما أثبتت الخبرة العلمية ADN معتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تفيد أنه يبين النسب بعدة طرق ومنها البنية ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة ولا تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة أن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك، ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من طلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه[3]".

---

[1]-المحكمة العليا، ملف رقم 222674، عدد خاص، قرار بتاريخ 1999/06/15، 2001، ص91.

[2]-زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص 251-252.

[3]-المحكمة العليا، ملف رقم 35518، م.م.ع، العدد1، 2006، ص 473-474.

وما يلاحظ على هذا القرار نقطتين مهمتين هما:

1-جاء هذا القرار باجتهاد معاكس تماما لما كان عليه الأمر في السابق، والمتعلق في جعل البينة متمثلة أساسا في شهادة الشهود فحسب، ولا يمكن أن تتعدى إلى أمور أخرى كالخبرة الطبية مثلا.

2-إن هذا القرار الذي تطرق لوقائع حدثت قبل تعديل 2005/02/27 صدر بعد صدور التعديل الذي تبنى الطرق العلمية لإثبات النسب، مما جعل من قضاة المحكمة العليا أن يوفقوا بين وقائع حدثت أثناء سريان القانون القديم، والبث في خصم صدور القانون الجديد[1].

لذلك تحدث القضاة عن قبولهم اللجوء إلى الخبرة العلمية ADN كصورة من صور البينة، طبقا للمادة 40 وليس تطبيقا للمادة 40 ف 2 التي تجيز اللجوء إلى الخبرة العلمية في إثبات النسب[2].

ومن خلال الإطلاع على بعض القرارات في القضاء الجزائري نستنتج أن القاضي يتمتع بسلطة في تقدير الأدلة العلمية، كما أنه يتمتع بالحرية التامة في تقدير الأدلة العلمية، وهذا ما سنوضحه في المطلب التالي.

المطلب الثالث:حجية البصمة الوراثية و مدى سلطة القاضي في إجبار الشخص للخضوع لتحليل البصمة الوراثية

من خلال التطبيقات القضائية تبين مدى تقدير القضاء لنتائج تحليل البصمات الوراثية واستخدامها في مجال النسب لكن السؤال الذي يثار بهذا الخصوص: هل هذا الدليل العلمي الحديث ملزم للقضاء، أم إن القاضي يستطيع أن يقضي بغير ما هو وارد في تقرير الخبير مادام قد أقام قضاءه على أسباب شائعة تبرره؟ وفي حالة رفض الشخص إجراء التحليل البيولوجي ماذا يترتب على هذا الرفض[3]؟

---

[1]-سعد عبد اللاوي، المرجع السابق، ص 121.

[2]-المرجع نفسه، ص121.

[3]-فاطمة الزهراء رابحي، المرجع السابق، ص 177.

كل هذه الإشكالات المثارة سنحاول الإجابة عنها في هذا المطلب وفق فرعين:

الفرع الأول: سلطة القاضي في إجبار الشخص للخضوع للخبرة الجينية في مجال النسب

المحكمة المختصة هي الجهة التي تملك طلب رأي الخبير وتحديد مهمته عن طريق إصدار حكم بتعيين خبير مختص من بين خبراء مخبر الشرطة العلمية لتحليل الحمض النووي (ADN) لإثبات نسب الولد لأبيه أو لأبويه، سواء استجابة لطلب المدعي، أو المدعي عليه، أو النيابة العامة كونها "تعد طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"، قانون الأسرة[1].

والسؤال المطروح هنا هل يمكن للذي بحوزته حكم بتعيين خبير مختص من بين خبراء مخبر الشرطة العلمية لتحليل الحمض النووي ADN أن يجبر المعنيين بهذا الحكم من آباء أو أمهات أن يذهبوا إلى المخبر العلمي لإجراء تلك التحليلات، خاصة إذا علمنا أن تطبيق هذا يصطدم بمبدأ احترام حرمة الحياة الخاصة[2].

في القضايا المدنية تمنع أغلب التشريعات[3]، إكراه أحد الأطراف على الخضوع لاختبارات تحاليل الدم أو أية اختبارات علمية أخرى، وذلك استنادا إلى مبدأ حرمة الجسد البشري، ولذلك لا يستطيع القاضي أن يفرض على الشخص الخضوع لهذه الخبرة ويرغمه على ذلك، ولكن يستطيع القاضي أن يستخلص–من حالة رفض غير مبرر الخضوع للتحاليل المأمور بها–قرينة ضد الشخص المعني وبالتالي يحكم عليه وفقا لطلبات الخصم إذا كان

---

[1]–فاطمة الزهراء رابحي، المرجع السابق، ص 181.

[2]–المرجع نفسه، ص 182.

[3]–في الجزائر تنص المادة 34 من دستور 1996 "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة، وتضيف المادة الموالية بأن يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية وفي فرنسا التزم المشرع في المادة 16–11 من القانون المدني الحصول على الموافقة الصريحة والمسبقة للحصول على البصمات الوراثية لشخص في نطاق دعوى قضائية وهو ما عليه الحال في إنجلترا.

بملف الدعوى أدلة أخرى تضاف إليه، فإذا استخلصت محكمة الموضوع ذلك فإن حكمها يكون مسببا ومبررا[1].

ما سبق يخص رفض تحليل الدم الذي يتطلب أخذ عينة من دم المعني مباشرة باستخدام الوسائل المخبرية اللازمة لاستخراج الدم من جسده، أما تحليل الجينات الوراثية فلا يتطلب التدخل على جسد المدعي أو المدعي عليه فيكفي أخذ عينة من اللعاب أو شعره من الرأس أو الجسد أو جزء من بعض بقايا الأظافر، وبذلك نرى أن التقنية الخاصة بتحليل الحمض النووي ADN، أبطلت الحجة التي كانت سارية في الماضي وهي عدم جواز المساس بحرمة الجسد الإنساني، فكل هذا أمر غير مثار في هذه الحالة، مما يبرز استنتاج حقائق قد تكون في غير صالح الشخص الرافض لهذا الإجراء وإن كانت قرينة رفض الخضوع للخبرة الطبية تحتاج إلى قرائن أخرى لاتخاذ القرار النهائي في الموضوع، ولكن بصفة عامة للقاضي أن يستنتج من الرفض دليلا على التخوف والخشية من الوصول لحقيقة يحاول الرافض إخفائها[2].

وإذا كان هناك شيء من التعارض بين المصلحة العامة للمجتمع في أن يكون لكل طفل أب يقوم على تربيته ومن المصلحة الشخصية وهي صيانة مبدأ معصومية الجسد فإن غالبية الفقه القانوني يرجح المصلحة العامة على حساب حق الإنسان على جسده، وهذا الترجيح له اعتبارات أشارت إليها محكمة Lille الفرنسية في حكمها الصادر سنة 1947 بخصوص منازعة بين زوجين حول بنوة ابن لهما مرجحة المصلحة العامة وأجبرت الزوج على الخضوع للفحص الطبي تمهيدا لأخذ عينة من دمه لمضاهاته بدم الطفل ومن بين الاعتبارات التي

ذكرتها هذه المحكمة هي:

1-اعتبار أخذ عينة من الدم من العمليات البسيطة التي لا خطورة فيها إذا قورنت بعمليات أخرى تمت بإذن القضاء.

---

[4]-فاطمة الزهراء رابحي، المرجع نفسه، ص 183.

[1]-فاطمة الزهراء رابحي، المرجع السابق، ص 183.

2-للقضاء أن يستخدم الوسائل التي يعتقد أنها مناسبة لإظهار الحقيقة ومنها وسيلة الفحص العلمي.

3-عدم إمكانية التذرع بمسألة مبدأ معصومية الجسد للحيلولة دون إجراء تلك الفحوص[1].

وأمام هذا التناقض القانوني الذي يرجع إلى صعوبة إقامة التوازن بين اعتباري مصلحة المجتمع في إقامة العدالة بين أفراده وبين صيانة مبدأ معصومية الجسد نقول إن مسألة ثبوت النسب تتعلق بحقوق مشتركة بين عدة أطراف، فثبوت النسب حق الله تعالى لأنه يتصل بحرمات أوجب الله رعايتها، وهذه الرعاية لن تأتي إلا بالمحافظة على الأنساب، والأم أيضا لها حق في إثبات نسب الولد من أبيه حتى تدفع تهمة الزنا والعار عنها وعن أسرتها، وهو حق للأب لأنه يرتب على ثبوت نسب الولد منه ثبوت ولايته عليه مادام صغيرا، وهو حق للولد فهو محتاج إليه، وبعد التذكير وتعداد الأطراف ذات الحقوق المرتبطة بثبوت النسب، يمكن القول أن في الامتناع عن إجبار الشخص للخضوع لتحليل الحمض النووي ADN، عندما يكون هو الوسيلة الوحيدة لدى القضاء في نزاع يتعلق بتحديد نسب الطفل بحجة أنها اعتداء على سلامة الجسدقولا يشكل عنفا معنويا واعتداء على كرامة بقية الأطراف[2].

وإذا كان القاضي الجزائري لا يمكنه في قضايا النسب إلزام أي شخص للخضوع لتحليل الحمض النووي ADN إذا رفضه، فإنه يستحسن أن يتدخل المشرع ويسمح باستصدار نصوص وأحكام قضائية بفرض تهديدات مالية على الأشخاص الرافضين لجبرهم على الانصياع لحكم القضاء، خاصة إذا كانت عملية تحليل البصمة الوراثية هي الوسيلة الوحيدة لدى القضاء للفصل في نزاع يتعلق بتحديد نسب الطفل، وذلك من أجل حماية حقوق بقية الأطراف ولاسيما حق الطفل في معرفة والديه[3].

---

[2]-المرجع نفسه، ص 183-184.

[1]- فاطمة الزهراء رابحي، المرجع السابق، ص 185.

[2]- المرجع نفسه، ص185.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير الخبرة الجينية

يتضح من الإطلاع على أحكام القضاء العربي المتيسرة أن القاضي يتمتع بسلطة في تقدير الأدلة العلمية، حيث إن محكمة وهران رفضت الاستجابة لطلب إجراء خبرة تحليل الحمض النووي (ADN) في قضية نسب الطفلة(ص)إلى الجزائري (ي.م) أو إلى الفرنسي جورج شربوك، التي يدعي كل واحد منهما نسبها إليه، وقد سببت المحكمة رفضها بأن المدعي الجزائري لم يثبت أنه كان زوجا لأم البنت صفية وقت الحمل بها وأن نسب البنت من الفرنسي ثابت بشهادة الميلاد المسجلة لدى مصالح الحالة المدنية ببلدية فار بفرنسا[1].

كما أصدرت محكمة التمييز بإمارة دبي مبدأ قانونيا ثابتا تم نشره في صحف الدولة حيث قالت: " إن نتيجة تحليل الدم مجرد قرنية يخضع تقديرها إلى محكمة الموضوع، ولا تثريب على المحكمة الاستئناف في عدم أخذها بنتيجة المخبر الجنائي في إثبات نسب الولد المتنازع عليه من الطاعن بعد تحليل الدم"[2].

ومن خلال بعض التطبيقات القضائية يتبين أن القضاء يتمتع بالحرية التامة في تقدير الأدلة العلمية.

لكن أمام نجاح تحاليل الجينات في إثبات النسب، نتساءل، هل يمكن للقاضي أن يستبعد هذا الدليل العلمي دون استناده إلى أسباب قوية، خاصة وأنه لا يملك القدرة العلمية الكافية على مناقشة هذه التقنية الحقيقية جدا؟.

إن القاضي في مثل هذه القضايا بحاجة أكيدة إلىالاستعانة برأي أهل الاختصاص للتأكد من أمور لا يسمح له اختصاصه بالتأكد منها بنفسه، أو تقدير واقع أو أسباب غير واضحة، ولهذه الأسباب أجاز المشرع الجزائري للقاضي اللجوء إلىالاستعانة بالخبراء المتمكنين من الطرق العلمية لإثبات النسب، لكن دون أن يحدد مدى إلزامية نتائجها للقاضي،

---

[1]–محكمة وهران قسم شؤون الأسرة الحكم الفاصل في القضية جدول رقم 05/3460، وفهرس رقم 05/5285 المؤرخ في 2005/12/13، ذكره باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، 2010، ص 126–127.

[2]–فاطمة الزهراء رابحي، المرجع السابق، ص179.

لأنه لم يفرق بين العلمية الطبية (كتحليل الدم) والطرق العلمية الحديثة ذات الحجية المطلقة كتحاليل البصمة الوراثية[1].

إن الطرق العلمية الحديثة كتحليل البصمة الوراثية، التي تعد خبرة فنية محضة تخرج عن اختصاص القاضي، تلزم بالخروج عن القواعد العامة في الخبرة القضائية التي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي ومنه يمكن القول أن القاضي يستطيع أن يؤسس حكمه على نتائج هذه الخبرة، كما يمكن أن لا يلتزم بها مع تسبب استبعاد نتائج هذه الخبرة وهذا ما نصت عليه المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ف1و2 " يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة "القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة".[2]

والقاضي لا يمكن أن يستبعد هذه الخبرة إلا بوجود مبررات قوية لذلك، أو تقرير خبرة ثانية مضادة، أو الطعن فيها بالتزوير.

[3]–المرجع نفسه، ص 181.

[1]– قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لــ 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المقدمة

خاتمة

من خلال هذه الدراسة البسيطة لموضوع إثبات النسب بالطرق العلمية توصلنا بتوفيق من الله تعالى إلى النتائج و الاقتراحات التالية:

أولا: النتائج:

1-يكتسي النسب أهمية بالغة تتمحور أساسا في الآثار الوخيمة التي قد تنعكس على الطفل والمجتمع ككل.

2-إن معرفة نسب أي شخص سواء كان عضوا في الأسرة أو في المجتمع، يعد أمرا على قدر بالغ من الأهمية، لأنه يعد حقا للشخص نفسه وحقا لأبويه وحقا للأسرة التي هو عضو فيها وحق كذلك للمجتمع الذي يعيش فيه.

3-بموجب الأمر رقم 05-02 من قانون الأسرة يثبت نسب الولد بإحدى الطرق الثلاثة: الزواج وما يلحقه من زواج فاسد ونكاح الشبهة أو الإقرار، أو البينة.

4-تنقسم طرق إثبات النسب إلى نوعين طرق منشئة وهي الزواج الصحيح_ الزواج الفاسد_ نكاح الشبهة و أخرى كاشفة له وهي الإقرار والبينة.

5-يعتبر نسب الولد لأمه ثابت بسبب الحمل المشاهد والولادة سواء كان من زواج صحيح أو زنا.

6-الطريق الوحيد لنفي النسب هو اللعان.

7-نظام تحليل فصائل الدم يصلح أن يكون وسيلة لنفي النسب فقط، وذلك بسبب التشابه الكبير بين البشر في فصائل الدم.

8-يجوز الاعتماد على نتائج الطرق العلمية في مجال إثبات النسب استنادا إلى المادة 02/40 من قانون الأسرة الجزائري.

9-البصمة الوراثية وسيلة تمتاز بالدقة، وتلعب دورا فعالا في مجال إثبات النسب، لكن لا يمكن أن تكون نظاما بديلا يلغي الأدلة الشرعية.

10-إذا روعيت في استعمال البصمة الوراثية الضوابط الشرعية والعلمية، يتم الحصول على نتائج صحيحة.

11-يتم اللجوء إلى البصمة الوراثية في حالات منها: حالات ضياع الأولاد حالات الاشتباه في المستشفيات، حالات التنازع على مجهول النسب.

12-هي وسيلة تحفظ الأنساب وتدفع التهمة وهذا ما يحرص عليه المشرع الجزائري.

13-القاضي له السلطة التقديرية في طلب إجراء تحليل الحمض النووي ولكن لا يمكنه إجبار الشخص على إجراء هذا التحليل.

14-جعل المشرع الجزائري اللجوء إلى الطرق العلمية أمرا جوازيا وورد بصيغة عامة دون تفصيل.

15-لا يجوز نفي الأنساب الثابتة المستقرة ولا التحقق منها بالبصمة الوراثية.

16-المشرع الجزائري لم يضع نصا يتصدى فيه للمدعي عليه وهو يرفض الخضوع للاختبارات الطبية.

17-إن توفير مختبر مركزي واحد على مستوى الوطن يقلل من نسبة اللجوء إلى الوسائل العلمية، بسبب استغراق مدة طويلة للحصول على النتائج.

18-إضافة المشرع للبصمة الوراثية كوسيلة علمية لإثبات النسب إلي جانب الوسائل التي حددتها المادة 40الفقرة01، لا تعني إلغاء أو استبعاد أدلة الإثبات الشرعية، بل جاءت مكملة و مسايرة للتطور التكنولوجي في هذا المجال في تحديد العلاقة بين الآباء و الأولاد.

19-اعتبر المشرع الجزائري البصمة الوارثية دليلا علميا إضافيا إلي جانب الأدلة المعمول بها في إثبات النسب، لأنها وسيلة علمية حديثة تدفع التهمة، وتحفظ حق الأولاد في النسب، فهي تمتاز بالدقة إذا روعيت في استعمالها الضوابط الشرعية و العلمية، لضمان الحصول على نتيجة صحيحة .

ثانيا: الإقتراحات

1-نقترح التفرقة بين الأنساب المنشئة للنسب وطرق إثباته، على أن تكون الأسباب المنشئة للنسب هي: الزواج الصحيح_ الزواج الفاسد_ ونكاح الشبهة، أما طرق إثبات النسب من جهة الأم تكون بالحمل المشاهد والولادة، ومن جهة الأب تكون بشهادة شاهدين أو شهادة التسامع أو الوسائل العلمية المحددة في ق.أ.ج02/40.

2-نقترح تعديل أقصى مدة الحمل وتكون بسنة شمسية أي 365 يوما حتى تشمل جميع الحالات النادرة التي تتعرض لها المرأة فتتأخر ولادتها.

3-حتى تأخذ بالبصمة الوراثية نقترح لو أن المشرع أضاف نص قانوني يذكر فيه ضوابط وشروط العمل بها كأن يقوم بها أخصائيون في هذا المجال دون سواهم.

4-فرض عقوبات صارمة على كل المخالفين لضوابط تحليل البصمة الوراثية سواء كانوا آباء أو مخبرين مختصين في التحاليل.

5-يستحسن أن يتدخل المشرع ويسمح باستصدار نصوص وأحكام قضائية بفرض تهديدات مالية على الأشخاص الرافضين للخضوع لهذه التحاليل، وجبرهم على الانصياع لحكم القضاء خاصة إذا كانت هذه العملية هي الوسيلة الوحيدة لدى القضاء للفصل في النزاع.

6-يستحسن إضافة مخبر أو مخبرين على الأقل على المستوى الوطني، من أجل استظهار النتيجة في مدة قصيرة.

وفي الأخير أرجو من الله تعالى، أن يكون قد ألهمني السداد والتوفيق فيما كتبت فإن أصبت فمنه وحده جل شأنه، وإن أخطأت فهو من تقصير نفسي، وحسبي أني اجتهدت وأرجو أن أكون بذلك مأجورة وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: المصادر

1-القرآن الكريم

ثانيا: الكتب

1- أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار المسيرة، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.

2- ابن قدامة عبد الرحمن، الشرح الكبير بذيل المغنى، تحقيق محمد شرف الدين خطاب وآخرون، دار الحديث، القاهرة،2004.

3- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى،2008.

4- العربي بلحاج، الوجيز في شرحقانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا،ديوان المطبوعات الجامعية،(د.م.ن)،الطبعة السادسة، 2010.ديوان ، (د.م.نالمطبوعات الجامعية)،الطبعة السادسة، 2010.

5- بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الاسلام بحث تحليل ودراسة مقارنة، دار التأليف، مصر،الطبعة الثانية،1981.6.

6- حسام الأحمد،البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي و النسب ، منشورات الحلبي، لبنان،الطبعة الأولى،2010.

7- حسينين المحمدي بوادي، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، منشاة المعارف، مصر، 2005.

8- زين الدين ابن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي، الأشباه والنظائر، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 1983.

9- سعاد ابراهيم صالح، علاقة الآباء بالأبناء على الشريعة الاسلامية دراسة فقهية مقارنة، دار التعاون، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1995.

10- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة (الجزائر)، الطبعة الثانية، 1989.11

11- سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، الجزء الأول، 1986.

12- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الإحياء للكتب العربية، (د.م.ن)، (د.ت.ن) .

13- شمس الدين محمد ابن أحمد المنهاجي الأسيوط، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، الإسكندرية، الطبعة الثانية، (د.ت.ن).

14- عباس العبيودي، الحجة القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، الدار العالمية الدولية، عمان(الأردن)، الطبعة الأولى، 2002.

15-عبد الرحمان عبد الرحمن شهبلة الأهدل، الأنكحة الفاسدة دراسة فقهية مقارنة، مكتبة الخافقين، دمشق،الطبعة الأولى ،1983.

16- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الإلتزام بوجه العام الإثبات وآثار الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1982

17- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة،(د.م.ن)، (د.ط)،2006.

18- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05 – 02، دار الوعي، الجزائر، 2013.

19- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971.

20- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الأولى، 2001.

21- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، الطبعة الثالثة، 2010

22- محمد عبد الحق بن عبد الرحمن، الأحكام الوسطى من حديث النبي صلى الله عليه وسلم، مكتبة الرشد، الرياض، (د.ط)،1990.

23- محمد عزمي بكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية الطلاق النسب، دار محمود للنشر، (د.م.ن)، الطبعة التاسعة، 1999.

24- مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية،خير الشهود، حديث رقم1719،الجزء2.

25- موفق الدين أبي محمد عبد الله، الكافي، المحقق عبد الله بن عبد المحن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية الإسلامية، دارهجر، جيزة(مصر)، الطبعة الأولى، 1997.

26- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته،دار الفكر، الجزائر،الطبعة الأولى، 1991.

27- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 16، 2003.

ثالثا: المقالات و الدراسات

1- إيناس هاشم رشيد، تحليل البصمة الوراثية ومدى حجيتها القانونية في مسائل الإثبات القانوني (دراسة مقارنة)، مجلة رسالة الحقوق، العدد2، 2012.

2- عبد الرؤوف دبابش، ثبوت النسب في الأنكحة الفاسدة والباطلة في الشريعة وقانون الأسرة، مجلة الاجتهاد القضائي، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد خيضر بسكرة، العدد7، (د.س.ن).

3- علي أبو البصل، شهادة النساء في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق، العدد2، 2001

4- محمد محمد أبو زيد،دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، العدد1، 1997.

5- ناصر عبد الله الميمان، لبصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والسب، مجلة الشريعة والقانون، العدد8، 2003.

رابعا:الرسائل الجامعية

1-توفيق سلطاني، حجية البصمة الوراثية في الإثبات،(رسالة ماجستير)، جامعة باتنة، كلية الحقوق،2011.

2- زبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري، (أطروحة دكتوراة)، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2009.

3- سعد عبد اللاوي الحجية القانونية للبصمة الوراثية في إثبات او نفي النسب، (رسالة ماجستير) فرع أحوال شخصية، جامعة الوادي، كلية الحقوق، 2015.

4- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، (رسالة ماجستير)، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2007.

5- عدنان حسن عزايزة، حجة القرائن في الشريعة الإسلامية (البصمات- القباضة-دلالة الأثر- تحليل الدم)، (رسالة ماجستير)، جامعة الأردن، كلية الشريعة، 1987.

6- فاطمة الزهراء رابحي، إثبات النسب،(أطروحة دكتوراه)، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2012.

7-مفيدة ميدون، دور علم الوراثة في إثبات النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، (رسالة ماجستير)، تخصص أحوال شخصية، جامعة الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015.

8- صليحة شرقي، إثبات النسب في القانون الجزائري، (رسالة ماستر)، فرع عقود ومسؤوليته، جامعة البويرة، كلية الحقوق، العلوم السياسية، 2013.

خامسا:الوثائق

أ-الأحكام القضائية:

1-المحكمة العليا، ملف رقم 99000،المجلة القضائية،عدد خاص، صادرة بتاريخ 1993/11/23، 2001، ص64.

2-المحكمة العليا، ملف رقم 222674، عدد خاص، قرار بتاريخ 1999/06/15، 2001، ص 91.

3-المحكمة العليا،ملف رقم 35518،م.م.ع،العدد1، 2006،ص 473-474.

سادسا:النصوص القانونية

1-الأمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84 - 11، المؤرخ في 9 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادر بتاريخ 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005.

2-قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو2005، يعدل و يتمم الأمر رقم 58، المؤرخ في 26 ديسمبر1975، و المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد44، الصادرة بتاريخ2005/06/26.

3-الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 هـ الموافق لـ 19 فبراير 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية.

4-قانون رقم 03-70 المؤرخ في 19 نوفمبر 2005، المتضمن قانون الأحوال الشخصية، الجريدة الرسمية للمملكة الغربية، العدد 5184، الصادرة بتاريخ 2004/02/05.

سابعا: المعاجم و القواميس

1- ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، الطبعة1،(د.م.ن).

2- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، الجزء الأول، عالم الكتب، مصر، الطبعة1، 2008.

3- مجمع اللغة العربية ،المعجم الوسيط ، مكتبة الشروق الدولية ،القاهرة،طبعة4 ،2004،

4- محمد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحلبي، بيروت، (د.ط)،(د.س.ن).

الملاحق

الملحق 01

قرار المجمع الفقهي الإسلامي بشأن البصمة الوراثية ومجالات الإستفادة منها

الحمد لله والصلاة والسلام على من لانبي بعده، أما بعد:

فإن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة بعد النظر في التعريف الذي سبق للمجمع إعتماده في دورته الخامسة عشرة، ونصه: "البصمة الوراثية هي البنية الجينية (نسبة إلى الجينات أي المورثات) التي تدل على هوية كل من إنسان بعينه، وأفادت البحوث والدراسات العلمية أنها من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة، لتسهيل مهمة الطب الشرعي ويمكن أخذها من أي خلية "بشرية" من الدم، أو اللعاب، أو المني، أو البول، أو غيره.

وبعد الإطلاع على ما إشتمل عليه تقرير اللجنة التي كلفها المجمع في الدورة الخامسة عشرة بإعداده، من خلال إجراء دراسية ميدانية مستضيفة للبصمة الوراثية، والإطلاع على البحوث التي قدمت في الموضوع من الفقهاء والأطباء والخبراء، والاستماع إلى المناقشات التي دارت حوله.

يتبين من ذلك كله أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسب الأولاد إلى الوالدين أو نفيهم عنهما، وفي إسناد العينة (من الدم أو المني أو اللعاب) التي توجد في مسرح الحادث إلى صاحبها، فهي أقوى بكثير من القافية العادية (التي هي إثبات النسب بوجود الشبه الجسماني بين الأصل والفرع). وأن الخطأ في البصمة الوراثية ليس واردا من حيث هي، وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث أو نحو ذلك وبناء، على ما سبق قرر ما يأتي:

أولا: لا مانع شرعا من الإعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي و إعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حدا شرعيا ولا قصاص لخبر "أدرؤوا الحدود بالشبهات" وذلك يحقق العدالة والأمن للمجتمع، ويؤدي إلى نيل المجرم عقابه وتبرئة المتهم، وهذا مقصد مهم من مقاصد الشريعة.

ثانيا: إن إستعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لا بد أن يحاط بمنتهى الحذر والحيطة والسرية، ولذلك لابد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية.

ثالثا: لا يجوز شرعا الإعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان.

رابعا:لا يجوز إستخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا، ويجب على الجهات المختصة منعه، وفرض العقوبات الزاجرة، لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس، وصونا لأنسابهم.

خامسا: يجوز الإعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية:

أ- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب إنتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الإشتراك في وطء الشبهة ونحوه.

ب- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الإشتباه في أطفال الأنابيب.

ج-حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث، أو الكوارث، أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين.

سادسا: لا يجوز بيع الجينوم البشري لجنس أو لشعب أو لفرد لأي غرض كما لا تجوز هبته لأي جهة لما يترتب على بيعه أو هبته من مفاسد.

سابعا: يوصى المجمع بما يأتي:

أ- أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء، وأن تكون في مختبرات للجهات المختصة، وأن تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاولة هذا الفحص، لما يترتب على ذلك من المخاطر الكبرى.

تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة، يشترك فيها المختصون الشرعيون والأطباء والإداريون وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية وإعتماد نتائجها.

ب- أن توضع آلية دقيقة لمنع الإحتيال والغش، ومنع التلوث، وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع وأن يتم التأكد من دقة المختبرات، وأن يكون عدد المورثات (الجينات المستعملة للفحص) بالقدر الذي يراه المختصون ضروريا دفعا للشك.

الملحق 02

أهم الإنجازات التاريخية للبصمة الوراثية

تطبيقات استخدام الحمض النووي (عالميا):

- روسيا عرفت مكان دفن العائلة القيصرية الروسية (القيصر نيكولا الثاني وعائلته) التي اعتمدت عام 1918، وذلك عن طريق أخذ عينة من عظامهم ومقارنة بصمتها الوراثية لفروع من العائلة نفسها ما زالوا قيد الحياة.
- تأكيد هوية (لويس السابع عشر) الذي هو إبن (لويس السادس عشر) ووالدته (ماري أنطوانيت) حيث إختفى الطفل إبان قيام "الثورة الفرنسية" عام 1793 واستطاع هذا التحليل إثبات أن الطفل المتوفي في سجن المعبد هو نفسه إبن لويس وأنطوانيت عن طريق أخذ عينة من شعر أنطوانيت وعينة من الطفل.
- أمريكا لإثبات وجود طفل أسود من أم سوداء للرئيس الأمريكي (توماس جيفرسون). وكان جيفرسون يملك الأم (إبان نظام العبيد). وقد رفض العنصريون البيض هذا الأمر بشكل قطعي حتى أثبت عن طريق البصمة الوراثية.

ومن أشهر القضايا التي إستعملت فيها هذه التقنية فضيحة بيل كلنتون الرئيس الأمريكي في قضيته المشهورة مع ليونيسكي، حيث لم يعترف ويعتذر للجمهور الأمريكي إلا بعد أن ظهرت الأدلة الجنائية وجود بصمته الوراثية المأخوذة من المني الموجود على فستان

ليونيسكي. وبالتالي إثبات العلاقة الجنسية بين الرئيس الأمريكي كلينتون وسكرتيرته مونيكا عن طريق البصمة الوراثية.

في عام 1989 عثر على بقايا هيكل بشري في إحدى الغابات في الولايات المتحدة الأمريكية، ونجح الطب الشرعي في استخلاص الــ ADN من الخلايا العظمية للهيكل، وتمت مقارنتها مع الأدلة المقدمة من أهالي الأطفال المفقودين، وتبين من خلال تحاليل البصمة الوراثية أن الهيكل يعود لطفلة مفقودة منذ سنوات. وهكذا إستطاع الطب الجنائي تحديد الهوية الوراثية للطفلة ووضع حد لانتظارهم الطويل جدا للعثور عليها، ولا يغيب عن البال أنه في عام 1992.

تمكن اللأطباء الشرعيون من تحديد الهوية الوراثية لقائد معسكر مفقود منذ الحرب العالمية الثانية من خلال عثورهم على بعض الهياكل البشرية أثناء جرف أرض المعسكر في إحدى الولايات المتحدة، وبالرغم من المدة الزمنية الطويلة التي مضت على موته إلا أن البصمة الــ ADN تمكنت من تحديد هوية هيكله من خلال أخذ عينات دم من والدته ومن أولاده ومقارنة بصمتهم الوراثية مع بصمة الهياكل المعثور عليها، وأسدل الستار أخيرا على قضايا كثيرة خلال دراسة الهوية الوراثية للضحايا.

- سيريلانكا عودة طفل من ضحايا أمواج المد إلى والديه في سيرلانكا: عاد يوم الأربعاء 2005/02/16 أخيرا طفل رضيع نجا بمعجزة من أمواج المد إجتاحت سيريلانكا 2004 وخاضت صراعا عنيفا في المحكمة. قال مسؤلو المحكمة في بلدة كالموناي أن الطفل البالغ من العمر ثلاثة أشهر تم تسليمه إلى والديه بعد أن أن أثبتت إختبارات الحمض النووي ADNوالدي الطفل. حيث أن كانهناك ستة أزواج يدعون بأن الطفل هو لهم وبعد أن قررت المحكمة إجراء إختبار حمض النووي وللطفل وأظهرت النتائج الأب والأم الحقيقيين للطفل.

إذن، البصمة الوراثية هي إكتشاف علمي عظيم وذو مصداقية وموثوقية تامة. وبالتالي فإن علينا الأخذ به وإدماجه في قوانيننا لما له من قوة الجزم في حل العديد من النزاعات، خاصة ما يتعلق منها بالنسب، وأيضا كدليل جرمي حاسم.

تطبيقات استخدام الحمض النووي (عربيا)

في مصر: على الصعيد العام:

إن التحليل قد طبق على المومياء وتمكن من نسب هوية المومياء (المملكة المصرية حتشبسوت) مؤخرا. وكان هناك إهتمام عالمي بمتابعة هذا الحدث وإستقطب إهتمام أجهزة الإعلام في كل العالم.

أما على الصعيد الخاص فإثبات نسب الطفلة (لينا) ظلت من أبرز الوقائع البارزة نتيجة زواج عرفي بين مهندسة الديكور هند الحناوي والنجم الفنان أحمد الفيشاوي ونكران هذا الأخير للزواج وتأكيد هند عليه وعلى أن الحمل الذي في بطنها هو ثمرة الزواج.

والد هند كان هو البطل الرئيسي بالتصدي لحق 'بنته بقوة ورجاحة عقله. ويصمد طيلة عامين دون كلل لإثبات صدق إبنته هند وبنوة حفيدته (لينا) بينما يظل أحمد فيشاوي منكرا منددا بعدم معرفته بهند لكن لا ينفي قيامه بعلاقة معها. يتمسك الآن بهذه الإشارة، ويتصور أنه من السهل إخضاع أحمد الفيشاوي لفحص A.D.N لإثبات النسب أو نفيه، لكن الفيشاوي يتراجع ويرفض الخضوع للفحص والتحليل في الجلسة الأخيرة للمحاكمة ترفض دعوى إثبات نسب الطفلة لينا إلى أبيها، ومما جاء في حيثيات الحكم أنه لم يثبت زواج صحيح. في مرحلة الإستئناف يركز في حيثيات والد هند جهوده، في محاولة مستميتة لكسب الرأي العام ويطلق نداء عبر الأنترنيت (تضامنوا معنا) ويتمسك بإصرار أمام محكمة الإستئناف في حق إجراء فحص الحمض النووي (D.N.A).

وأن ما يجري جريمة ثقافية بحق الأبوة، فالحناوي الأب يعرف تماما معنى الأبوة. ويمارسه على أحق وجه. ثقافة كالأبوة عنده ليست مستوردة غرببية، ولكنها بالتأكيد ليست هي الرائجة. الرائج هو التذرع بالأبوة خدمة للذكورة، من الأبوة على مذبح الذكورة.

الكاتبة الإسلامية صافيناز كاظم كانت في طليعة المتصدرين في أحد مقالاتها الذي حمل عنوانا عريضا (لا يا فيشاوية) وأطلقت الحادثة نقاشا وخلافا وتحركات وردود أفعال في كافة الأوساط وعلى شاشات التلفاز والصحافة، كما أقيمت ندوات وحلقات نقاش في الجمعيات المدنية المصرية. كل ذلك وضع النائب بالبرلمان المصري (محمد خليل قويطة)

أن يتقدم بمشروع قانون يلزم من ينكر نسب ولده بتحليل الـــ D.N.A لبيان صلة النسب بناء على طلب الأم المدعية ودخلت قضية هند الحناوي وأحمد الفيشاوي في تاريخ التغيرات الاجتماعية لمصر في الألفية الثالثة. ووصمت دور الذكر المتهرب من المسؤولية...

بعد ولادة الأم حرصت على تقديم إبنتها الطفلة إلى كل أجهزة الإعلام والصحافة وكان وجهها طبق الأصل عن وجه جدتها سمية الألفي. مما يؤكد بلمحة بصر واقع وتحقيق (قانون القيافة) المعتمد في صدر الإسلام الذي أشرنا إليه وفي النهاية أخذت حقها بعد جدل طولي في أروقة المحاكم إنتهى لمصلحة الأم والإبنة.

لكن هناك عشرات النساء اللواتي يشقين لإثبات نسب أطفالهن ودعاوى النسب كثيرة قد تختلف في ظروفها وتفاصيلها. لكن في النهاية لا بد من حماية المولود من الضياع واليتم. ومشكلة إثبات النسب نادرا ما يطفو النقاش بها على السطح... أو يتم تناولها خارج ملفات القضاء ومن الحالات التي نظر فيها القضاء مؤخرا: فتاة متزوجة إلى بلد عربي وفي إحدى زياراتها إلى دمشق اجتمعت بالمصادفة مع شخص (س) أخبرها أنه هو أبوها الفعلي وعندما واجهت والدها الذي هي مسجلة على قيوده المدنية أقر بأنها فعلا ليست إبنته وأن (س) هو الأب الفعلي. إلا أن المحكمة بالنتيجة ردت الدعوى لعدم الثبوت واستندت في ذلك إلى جملة من الأمور أهمها أن العلاقة التي كانت قائمة بين الأب (س) ووالدة الفتاة لم تكن علاقة زوجية والفتاة هي ثمرة (زنى) واستنادا إلى اجتهادات عديدة منها (السفاح لا ينتج نسبا) وإعتبر النسب لغوا.

- **في إحدى إمارات دولة الإمارات العربية المتحدة:**

تقدمت فتاة تبلغ من العمر 18 سنة إلى أحد مراكز الشرطة وأفادت بأنها تعرفة على شخص بواسطة الهاتف وكونت معه علاقة ووعدها بالزواج، وعلى ذلك خرجت معه ولكنه إغتصبها وحملت منه إلا أنها لم تكتشف الحمل إلا في الشهر الرابع وأخبرته بذلك ولكنه طلب منها الإجهاض. فلم توافق وتجاهلها إلى أن أصبحت في الشهر الثامن وأبلغت ولي أمرها أبلغا الشرطة، حيث إستدعي المتهم ولكنه أنكر التهمة وأجريت الفحوصات المخبرية في مختبر دبي لفحص الحمض النووي لكل منهما فكانت النتيجة هي أن الشاكية هي الأم الحقيقية للطفل لإشتراكها في نصف الصفات الوراثية الموجودة لدى الطفل، أماالمتهم فلم

يشترك مع الطفل في أي صفات وراثية، وعلى ذلك فإن المتهم ليس أبا لذلك الطفل وأن هناك رجل أخر أبا للطفل.

الفهرس

فهرس المحتويات

الملخص باللغة العربية :

يكتسي موضوع النسب في ظل التشريعات العربية والإسلامية أهمية بالغة وذلك لارتباطه بعدة جوانب دينية وأخلاقية واجتماعية، وازدادت أهميته في ظل الاكتشافات العلمية والتطورات الطبية الحديثة، وشدد المشرع الجزائري على حماية النسب لما له من انعكاسات على حياة الطفل والأسرة وكل ذلك مراعاة منه للحفاظ على حقوق الأولاد وحرصا على عدم ضياعهم وتشردهم فخصص لهذا الحق فصلا في قانون الأسرة رقم 05-02 تحت عنوان "النسب"، ولعل موضوع البصمة الوراثية يعتبر من أهم وأدق المواضيع المتصلة بالنسب، ذلك أن النسب وفقا للقواعد الشرعية والقانونية العامة له طرق إثبات، غير أن تطور التقنية العلمية لاسيما في المجال الطبي يفرض علينا ضرورة مواكبة هذه التطورات.

ويأتي هذا البحث للإجابة عن كثير من الاكتشافات المعقدة والمتداخلة المتعلقة بطرق إثبات النسب التقليدية وكذلك الطرق العلمية ومدى مشروعية الاستفادة منها، وبيان دورهما في مجال إثبات النسب.

الملخص باللغة الأجنبية :

Résumé:

Le sujet de paternité dans les législations arabes et islamiques a une grande importance.

Ceci est dû à sa religieux, morales, est sociaux. Cette importance s'est agrandi suite aux découvertes scientifiques et aux Progress médicaux contemporaines.

Le législateur algérien ; des intéressé largement à la protection de la paternité à cause de ces effets sur la vie de l'enfant et par ricochet celle de la famille. Tout ceci dans le but de protéger les droits des enfants, les gardent contre leurs mendiants en spécifiant

A ce droit toit un chapitre dans la loi de la famille numéro 05-02 sous l'intitulé} la paternité.}

Donc, le sujet « empreinte digitale est considère comme l'un des plus importants et des plus précis/ délicats des thèmes/ sujet relatifs à la paternité ce dernier et selon des bases religieuses et légales générale possède/ a des méthodes de la prouver.

Mais le progrès enregistré dans les techniques scientifiques surtout dans le domaine médical nous impose l'obligation de s'adapter à ce progrès.

Ce mémoire vise à répondre aux différentes problématiques complexes inter reliés en relation avec les méthodes traditionnelles de preuve de paternité, en plus.

Des méthodes scientifiques modernes le degré de légalité d'usage et la démonstration de son rôle dans le domaine de la preuve de paternité.

تم بحمد

الله